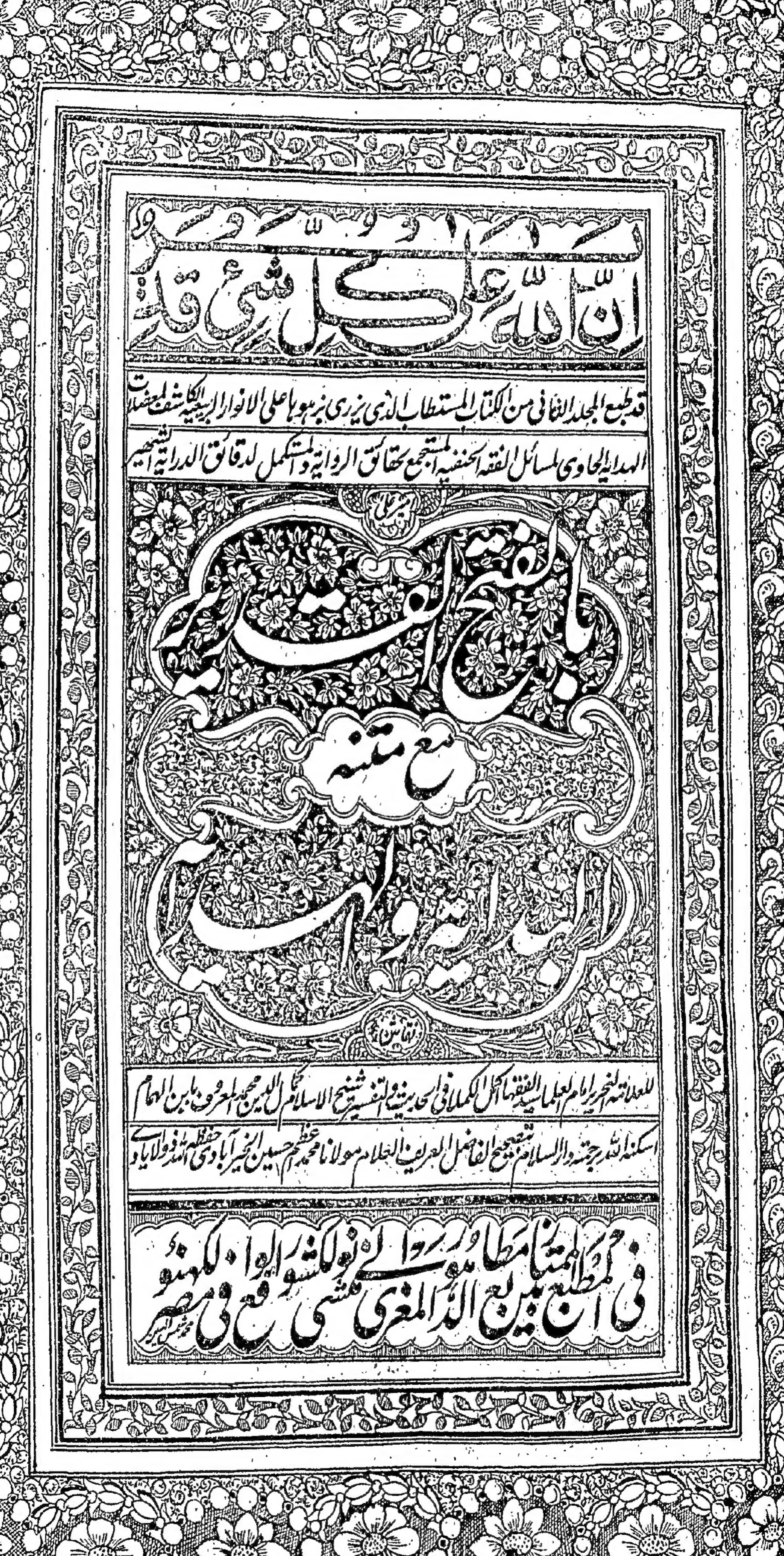


ان الله على كل شيء قدير
قد طبع المجلد الثاني من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الانوار الربيعية الكاشف لمعضلات
الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية الشهير
بفتح القدير
مع متنه
الهداية
للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء اكمل الكملاء في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام
اسكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح الفاضل العريف العلام مولانا محمد اعظم حسين الخيرآبادي حفظه الله [illegible]
في المطبع المستطاب المنسوب الى المنشي نولكشور الواقع في لكهنؤ



كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين

كتاب النكاح هو اقرب الى العبادات حتى ان الاشتغال به افضل من التخلي عنه لمحض العبادة على ما نبين ان شاء الله تعالى فلذا اولاه العبادات والجهاد وان كان عبادة الا ان النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فانه سبب لوجود المسلم والاسلام والجهاد سبب لوجود المسلم فقط كذا قيل والحق ان الجهاد ايضا سبب لهما اذ نقل الموصوف من صفة الى صفة اعني من الكفر الى الاسلام يصحح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما في ذلك لكن لا نسبة بينهما في تحصيل ذلك فان ما يحصل بالنكاح افراد المسلمين منه اضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل به او الذمة دون اسلام اهل الدار فقدم للاكثرية في ذلك واما من اولى العبادات البيوع فنظر الى بساطته بالنسبة الى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس احد يعجز في ابداء وجه تقديم معنى على معنى فان كل معنى له خصوصية ليست في الآخر فالمقدم يعتبر ما لما قدمه ويسكت عما لما اخره والعاكس يعكس ذلك النظر وانما ابداء وجه اولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين ايهما يقتضي او اكثر اقتضاء للتقديم وقد يفضي الى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته فيستدعي تطويلا مع قلة الجدوى فالاقتصار في ذلك ادخل في طريق اهل العلم والتحصيل فلا بد من تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل امور **الامر الاول** مفهومه لغة قيل هو مشترك بين الوطء والعقد اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطء وقيل بقلبه وعليه مشائخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بانه حقيقة في الضم ولا منافاة بين كلاميهم لان الوطء من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من افراده كالانسان في زيد لا يعرف القدماء غير هذا الى ان حدث التفصيل بين ان يراد به خصوص الشخص بمعنى يجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الاعم بلفظ الاعم فيكون مجازا والا فحقيقة وكان هذه الارادة قل ما تخطر عند الاطلاق حتى ترك الاقدمون تقدير ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا انسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ اكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما واعلم ان المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني ففي الوطء قوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح اي من وطء حلال لا من وطء حرام وقوله يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء الا النكاح وقول الشاعر ومن ايم قد انكحتها رماحنا واخرى على خال وعم تلهف وقوله ومنكوحة غير ممهورة وقول الآخر التاركين على طهر نساءهم والناكحين بشطي دجلة البقرا وفي العقد قول الاعشى ولا تقربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تابدا وفي المعنى الاعم قول القائل ضممت الى

يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه

صدر هي منكر صدرها، كما نكحت ام الغلام صبيها اي ضمنتها وقول ابي الطيب: انكحت صم حصاها خف يعملة، تغشمرت بي اليك السهل والجبلا، اي ضمنته فمدعي الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والاصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازا في احدهما حقيقة في الآخر حيث امكن اولى من الاشتراك ثم يدعي تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح دون الوطء ويحيل فهم الوطء حيث فهم على القرينة ففي الحديث الاول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وان كان الولادة بالذات بين الوطء و في الحديث الثاني اضافة المراة الى ضمير الرجل فان امراته هي المعقود عليها فيلزم ارادة الوطء من النكاح المستثنى والا فسد المعنى اذ يصير يحل من المعقود عليها كل شيء الا العقد وفي الابيات الاضافة الى البقر ونفي المهر والاسناد الى الرماح اذ يستفاد ان المراد وطء البقر والمسبيات فالجواب منع تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي ولا نسلم ان فهم الوطء فيما ذكر مستند الى القرينة وان كانت موجودة اذ وجود قرينة تؤيد ارادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع ارادة الحقيقي فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر الى القرينة ان عرف انه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز والا فلا ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطء قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وان كان مقرونا بما اذا نظر فيه استدعى ارادة ذلك المعنى الا يرى ان ما ادعوا فيه الشهادة على انه حقيقة في العقد مجاز في الوطء من بيت الاعشى فيه قرينة تفيد العقد ايضا فان قوله فلا تقربن جارة نهي عن الزنا بدليل ان سرها عليك حرام فيلزم ان قوله فانكحن امر بالعقد اي فتزوج ان كان الزنى عليك حراما او تابد اي توحش اي كن كالوحش بالنسبة الى الادميات فلا امكن منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشي ولم يمنع ذلك ان يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت اذ هم لا يقولون بانه مجاز في هذا البيت واما ادعاء انه في الحديث للعقد فيستلزم التجوز في نسبة الولادة اليه لان العقد انما هو سبب السبب ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح ولو كانا سواء فكيف والانسب كونه في الوطء ليتحقق التقابل بينه وبين السفاح اذ يصير المعنى من وطء حلال لا وطء حرام فيكون على خاص من الوطء والدال على الخصوصية لفظ السفاح ايضا فثبت الى هنا انا لم نزده على ثبوت مجرد الاستعمال شيئا يجب اعتباره وقد علم ثبوت الاستعمال ايضا في الضم فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من افراده الوطء والعقد ان اعتبر الضم اعم من ضم الجسم الى الجسم والقول الى القول او الوطء فقط فيكون مجازا في العقد لانه اذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز اولى ما لم يثبت صريحا خلافه ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا نقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ ابو عمر الزاهد عن الكوفيين انه الجمع والضم ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها اعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم اليه فوجب كونه مجازا في العقد ثم افراد الضم يختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكك الامر الثاني مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا والقيد الاخير لاخراج شراء الامة للتسري والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له والا ورد عليه ان المقصود من الشراء قد لا يكون الا المتعة واعلم ان من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا ويجب ان يراد عرف اهل الشرع وهو المعنى الاصطلاحي الذي عبرنا به لان الشارع نقله فانه لم يثبت وانما تكلم به الشارع على وفق اللغة ولذا حيث ورد في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن نحمله على الوطء كما في ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم حتى اثبتوا بها حرمة من زنى بها الاب على الابن وقول قاضي خان انه في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد وقول صاحب المجتبى هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بيناه والمراد بالعقد مطلقا كان كما قالوا وغيره مجموع ايجاب احد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كان باللفظين المشهورين من زوجت وتزوجت وغيرهما مما سنذكره او كلام الواحد القائم مقامهما اعني المتولي الطرفين وقول النورشكي انه معنى يحل المحل فيتغير به حال المحل اي زوجت وتزوجت آلة انعقاده اطلاق له على حكمه فان المعنى الذي تغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد وقد صرح باخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الامر الثالث سبب شرعيته تعلق البقاء المقدر في العلم

ان شاء الله وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقل

الانسل على الوجه الاكمل والا فيمكن بقاء النوع بالوطى على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك وضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع الامر الرابع

شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر واما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى

للنكاح الامر الخامس شرطه الذى لا يخصه الاهلية بالعقل والبلوغ وينبغى ان يراد فى الولى لا فى الزوج والزوجة ولا فى متولى العقد فان تزويج الصغير والصغيرة

جائز وتوكيل الصبى الذى يعقل العقد ويقصده جائز عندنا فى البيع فصحته هنا اولى لانه محض سفير واما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن احد الامر السادس

ركنه وهو الجنس المقيد فى التعريف الامر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الحد المأذون فيه شرعا فخرج الوطى فى الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل

منهما على الآخر بعض الاشياء مما سيرد فى اثناء الكتاب الامر الثامن صفته فاما فى حال التوقان قال بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن او

يخاف الوقوع فى الحرام وفى النهاية ان كان له خوف وقوع الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز الا به كان فرضا انتهى ويمكن الحمل على اختلاف المراد فانه قيد الخوف

الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز الا به ولم يقيد به فى العبارة الاولى وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه الى عدم التمكن فليكن عند ذلك

المبلغ فرضا والا فواجب هذا ما لم يعارضه خوف الجور فان عارضه كره قيل لان النكاح انما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذى يعبد الله

تعالى والذى يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد وقضيته الحرمة الا ان النصوص لا تفصل فقلنا بالشبهين

انتهى وينبغى تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا فان بلغ مبلغ ما افترض فيه النكاح حرم والا كره كراهة تحريم والله اعلم وفى البدائع قيد الافتراض

فى التوقان بملك المهر والنفقة فان من تاقت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم وصرح قبله بالافتراض فى

حالة التوقان واما فى حالة الاعتدال فداود واتباعه من اهل الظاهر على انه فرض عين على القادر على الوطى والانفاق تمسكا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم

من النساء وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن خالد الك امرأة قال لا قال تزوج فانك من اخوان الشياطين وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا

فانى مكاثر بكم الامم واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية للدليل الاول والآخر وتعليق الحكم بالعام لا ينفى كونه على الكفاية لان الوجوب فى الكفاية على

الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سببه شرعية فان كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية وقد عقلنا ان المقصود من الايجاب

تكثير المسلمين بالطريق الشرعى وعدم انقطاعهم ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الامم رواه ابو داود

وهذا يحصل بفعل البعض واما حديث عكاف فايجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق فى حقه وقيل واجب على الكفاية لما ان الثابت

بخبر الواحد الظن والاية لم تسق الا لبيان العدد والمحلل على ما عرف فى الاصول وقيل مستحب وقيل سنة موكدة وهو الاصح وهو محمل قول من اطلق الاستحباب

وكثيرا ما يتساهل فى اطلاق المستحب على السنة ونقل عن الشافعى رحمه الله بانه مباح فان التجرد للعبادة افضل منه وحقيقة افضلية ينبغى كونه مباحا اذ لا فضل

فى المباح والحق انه اقترن بنية كان ذا فضل والتجرد عنده افضل لقوله تعالى وسيدا وحصورا مدح يحيى عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة

عليه لان هذا معنى الحصور وح فاذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر رواه ابن ماجه وبقوله

صلى الله عليه وسلم اربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من اعطيهن

فقد اعطى خير الدنيا والآخرة قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وبدنا على البلاء صابرا وزوجة لا تبغيه حوبا فى نفسها وماله رواه الطبرانى فى الكبير والاوسط واسناد احدهما جيد

ان يقول فى الجواب لا اكثر الفضيلة مع حسن النية وانما اقول التخلى للعبادة افضل فالاولى فى جوابه التمسك بحاله صلى الله عليه وسلم فى نفسه ورده على من اراد

الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة

من امة التخلي للعبادة فانه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين ان نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم سألوا ازواجه عن عمله في السر فقال بعضهم
لا اتزوج النساء وقال بعضهم لا آكل اللحم وقال بعضهم لا انام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله واثنى عليه وقال ما بال اقوام قالوا كذا لكني اصلي
وانام واصوم وافطر واتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني فرد هذا الحال رده ردا مؤكدا حتى تبرأ منه وبالجملة فالافضلية في الاتباع لا فيما يخيل النفس انه افضل نظرا
الى ظاهر عبادة وتوجه ولم يكن الله عز وجل يرضى لاشرف انبيائه الا باشرف الاحوال وكان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل ان يقرره على ترك الافضل مدة حياته
وحال يحيى بن زكريا عليه السلام كان افضل في تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضي
تزوجوا فان خير هذه الامة اكثرها نساء ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة ابناء النوع وتربية الولد والقيام
بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين واعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحبسهن لكفايتهن
مؤنة سبب الخروج ثم الاشتغال بتأديب نفسه وتأهيلها للعبودية ولكون هي سببا ايضا لتأهيل غيرها وامرها بالصلوة فان هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف
على الجزم بانه افضل من التخلي بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس الا في الاعتدال مع اداء الفرائض والسنن وذكرنا انه لم يقترن به نية كان مباحا عنده
لان المقصود منه شرعا حينئذ قضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه واقول بل فيه فضل من جهة انه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول اليه
مع ما يعلمه منه انه يستلزم ثقلا لا فيه قصد ترك المعصية وعليه يثاب وعد العون من الله تعالى لاستحسان حالته قال صلى الله عليه وسلم ثلثة حق على الله عونهم
المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف صححه الترمذي والحاكم اما اذا لم يتزوج المرأة الا لعزها او مالها او حسبها فهو ممنوع
شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يزده الله الا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله الا فقرا ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله الا دناءة
ومن تزوج امرأة لم يرد بها الا ان يغض بصره ويحصن فرجه او يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه رواه الطبراني في الاوسط وقال صلى الله
عليه وسلم لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن ان يرديهن ولا تزوجوهن لاموالهن فعسى اموالهن ان يطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين ولامة خرماء سوداء
ذات دين افضل رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن انعم وعن معقل بن يسار رضي قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله
اني اصبت امرأة ذات حسب ومنصب ومال الا انها لا تلد افأتزوجها فنهاه ثم اتاه الثانية فقال له مثل ذلك ثم اتاه الثالثة فقال تزوجوا الودود الولود
فاني مكاثر بكم الامم رواه ابو داود والنسائي والحاكم وصححه هذا ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لانه عبادة وكونه في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف والمختار
لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفي الترمذي عن عائشة رضي قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا
عليه بالدفوف وفي البخاري عنها قالت زففنا امرأة الى رجل من الانصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا عائشة اما يكون معكم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذي
والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا جلاجل له والله سبحانه وتعالى اعلم قوله
النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قدمنا ان النكاح في عرف الفقهاء العقد وهذا بيان لان هذا العقد بما يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستعقبا للاحكام فلنفسر الانعقاد
في قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد اي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى يتم حقيقته في الوجود بالايجاب والقبول والانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالآخر على وجه
يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الاحكام وذلك بوقوع الثاني جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه والكلامان
هما الايجاب والقبول ثم ما قيل في تعريف الايجاب انه اصدار الصيغة الصالحة لافادة ذلك العقد مع انه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور

فيه ولا مجاز عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضرورة الى ازدواج

بل الايجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الافادة بقيد كونها اولا والقبول هي بقيد وقوعها ثانيا من اي جانب كان كل منهما فاذكر من الدراية وغيرها من
قوله لو قدم القبول على الايجاب بان قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا يتصور تقديمه لان ما تقدم
هو الايجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل به في البيع وكان الحامل على حمل الاصدار وصل قوله بلفظين بقوله الايجاب والقبول فافاد انهما كانا
خلافيهما والحق ما اعلمتك ووصلهما ابدال وبيان يدفع به ما قد يتوهم من ان العرف معنى الايجاب والقبول في العرف فيعم المفيد فابدل منه لتخرج الكتابة
فلو كتبنا الايجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو اعم من الحقيقة والحكم فليدخل متولي الطرفين او ما يخص من الحقيقة وليس هذا الحد بل اخبار
مسوق بعضها على بعض لافادة ما يتم به العقد فقال ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين احدهما مستقبل لانه توكيل والواحد يتولى طرفي النكاح
فينعقد بكلامه وحده كما ينعقد بكلام اثنين ولا اشكال في شيء من هذا وعرف من تعريف الايجاب والقبول بانهما اللفظان الصالحان لافادة ذلك
العقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر المفعولين او احدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لان الحذف لدليل جائز في كل لسان وعدم لزوم
لفظ النكاح والتزويج فعن هذا قلنا اذا قالت زوجتك نفسي فقال قبلت او قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القائل سفيرا
ولا مفعول فلم يضفه الى الموكل نفذ عليه في التجنيس رجل خطب لابنه الصغير امرأة فلما اجتمعا للعقد قال ابو المرأة لاب الزوج دادم بزنی این دختر را بهزار درم
فقال اب الزوج پذیرفتم يجوز النكاح على الاب وان جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لان الاب اضافه الى نفسه وهذا امر يجب ان يحتاط فيه بخلاف
ما لو قال اب الصغيرة زوجت بنتي من ابنك فقال اب الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لاضافة المزوج النكاح الى الابن وبيقين قول
القابل قبلت جواب له والجواب يتقيد بالاول فصار كما لو قال قبلت لابني ونظير الاول في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بالف
ولم يقل منك فقال الآخر اشتريت صح ولزمه وكذا لو قالت المرأة بالفارسية خویشتن خریدم بعده وكابين فقال الزوج فروختم صح وان لم يقل منك **قوله**
يعبر بهما عن الماضي مثل انكحتك وزوجتك فيقول قبلت او فعلت او رضيت وفي الانعقاد بصرت لي وصرت لك خلاف وظاهر الخلاصة اختياره اذا اتصل
القبول ولو قال عرستك نفسي فقبل انعقد ثم بين ان الانعقاد به باعتبار انه جعل انشاء شرعا فصار هو علة لمعناه فيثبت المعنى عقيبه والمراد بقوله جعلت
للانشاء شرعا تقرير الشرع ما كان في اللغة وذلك لان العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وانما اختيرت للانشاء لانها ادل على الوجود والتحقق
حيث افادت دخول المعنى في الوجود قبل الاخبار فافيد بها ما يلزم من وجود اللفظ ثم لما علمنا ان الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه
جانب الرضى كما نص عليه في قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد الى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو
للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذي الهمزة اتزوجك فقال زوجت نفسي انعقد وفي المبدو بالتاء تزوجني بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستيعاد
لانه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الاول لانه لا يستخبر نفسه عن الوعد واذا كان كذلك والنكاح لا تجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار
وضعه للانشاء بل باعتبار استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال في شرح الطحاوي لو قال هل اعطيتنيها فقال
اعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فنكاح فيحمل قول السرخسي بالفارسية ميدهي ليس بشيء على ما اذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ولو قال باسم
الفاعل كذلك عن ابي حنيفة اذا قال جئتك خاطبا ابنتك او لتزوجني بنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب ان لا يقبل لعدم جريان المساومة
فيه كما قلنا والانعقاد بقوله انا متزوجك ينبغي ان يكون كالمضارع المبدو بالهمزة سواء قلنا ينعقد بلفظين وضع احدهما للمستقبل يعني الامر فلو قال زوجني بنتك

بين المالك والمملوك اصلاً وكما ان التمليك سبب لملك المتعة

فقال زوجتك انعقد وسنذكر في مراتب ينعقد اذا قبلت وفي النوازل زوجي نفسك مني فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح على ان المصنف جعل الصورة باعتبار
انه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بانها نفسها ايجاب فيكون قائما بهما في فتاوى
قاضيخان قال ولفظ الامر في النكاح ايجاب وكذا في الطلاق اذا قالت طلقني على الف فطلق كان تاما وكذا في الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لي بنفس فلان هذا
او بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة وكذا لو قال هب لي عبدك هذا فقال وهبت في مسائل اخر ذكرها وهذا احسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى
اولا وهو صادق على لفظة الامر فليكن ايجابا ويستغنى عما اورد على تقرير الكتاب من انه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس وجوابه بانه في ضمن الامر
بالفعل فيكون قبوله بتحصيل الفعل في المجلس والظاهر انه لا بد من اعتباره توكيلا والا فمن طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه بكذا
فيقول بعت بلا جواب اذ جوابه بما ذكره المصنف في البيع بانه توكيل والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح فيصح دون البيع وح فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله
ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل فلذا قيل المثال الصحيح اتزوجك بالف فيقول قبلت على ارادة الحال وعرف من هذا ان شرط القبول في
النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعي وقد يوهم ما ذكر في المنية قال زوجتكها بالف فسكت الخاطب فقال الصهر ادفع المهر قال نعم فهو قبول
وقيل لا ان فيه خلافا وان كان المختار الصحة وقد يكون منشاؤه من جهة انه كان متصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا
في رجوعه فيحكم به ولا فقوله نعم بعده لا يفيد بمفرده لان الفور شرط مطلقا والله سبحانه اعلم وصورة اختلاف المجلس ان يوجب احدهما فيقوم الآخر
قبل القبول او اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان الانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالآخر وباختلاف المجلس يتفرق حقيقة
وحكما فلو عقدا وهما يمشيان او يسيران على الدابة لا يجوز وان كانا في سفينة سائرة جاز وستعرف الفرق في البيع ان شاء الله تعالى **فروع** تزوج
باسمها الذي تعرف به حتى لو كان لها اسمان اسم في صغرها وآخر في كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به ولو كانت له بنتان كبرى
اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتي فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ولو قال بنتي فاطمة الكبرى قالوا يجب ان
لا ينعقد على احدهما ولو قال زوجت بنتي فلانة من ابنك فقبل وليس لها الا ابن واحد وبنت صح وان كان لها ابنتان وابنان لا الا ان يسميا
البنت والابن ولو زوج غائبة وكيل فان كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز وان لم يعرفوها فلا بد من ذكر اسمها واسم ابيها وجدها اما لو كانت
حاضرة متنقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لانها صارت معروفة بالاشارة اما الغائبة فلا تعرف الا بالاسم والنسب وقيل يشترط
في الحاضرة كشف النقاب وستذكر وجه عدمه في الوكالة بالنكاح ان شاء الله تعالى وكذا الحال في تسمية الزوج الغائب وفي التجنيس لرجل ابنة اسمها
فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتي فاطمة ولم تقع الاشارة الى شخصها لا يصح فانه اذا لم يشر اليها يقع العقد على المسمى وليس له
ابنة بذلك الاسم وفي النوازل قال ابو بكر خنثى مشكل زوج من خنثى مشكل برضى الولي فلما كبر اذا الزوج امرأة والمرأة رجل جاز نكاحهما عندي
لان قوله تزوجتك يستوي من الجانبين وفي صغيرين قال اب احدهما زوجت بنتي هذه من ابنك هذا وقبل ثم ظهرت الجارية غلاما والغلام جارية جاز كذلك ايضا
فقال الثاني لا يجوز وفي المنية زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وفي التجنيس رجل قال لامرأة بحضرة الشهود راجعتك فقالت المرأة رضيت يكون نكاحا
فانه نص في الجامع الكبير لو قال للمطلقة طلاقا بائنا او ثلاثا ان راجعتك فعبدي حر ينصرف الرجعة الى النكاح لان الرجعة قد يراد بها الرجعة وقد يراد بها النكاح
فينظر الى المحل والمحل هنا لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت الى النكاح وسياتي الكلام في الرجعة بلفظ النكاح في كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى

في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية

ثم قال وذكر في الاجناس لو طلق امرأة بائنا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فان هذا نكاح جائز وان لم يذكر بالالفاظ النكاح الا انه يحتمل انه اراد بذلك فكان نكاحا فيتبين بهذا ان ما ذكر في الكتاب محمول على ما اذا ذكر المال واقر ان الزوج اراد به النكاح انتهى وذكر في فتاوى قاضيخان عن بعضهم تفصيلا بين المبانة والاجنبية ففي المبانة يكون نكاحا وفي الاجنبية لا وسكت عليه وهو الاحسن فان التجوز بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غيرها رجل وامرأة اقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتي وانا زوجها وقالت هو زوجي وانا امرأته وقال الآخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما لان الاقرار اظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ولهذا لو اقر الانسان بمال لغيره كاذبا لا يصير ملكا له وكذا لو قالا زوجنا او رضيناه بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه ولو قال الشهود جعلتما هذا نكاحا وقالا نعم انعقد لانه ينعقد بلفظ الجعل حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال اعطيتك الفا على ان يكون لي امرأتي فقبلت ثم قال زوج بنتك فلانة مني بكذا فقال ادفعها واذهب بها حيث شئت لا ينعقد في التجنيس لانه كالمضاف الى ما بعد الدفع ولا ينعقد المضاف لو قال زوجتكها غدا فقبل لا يصح لعدم صحة المعلق اولى في فتاوى قاضيخان قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلافه قوله ويجوز النكاح المعلق اذا كان على امر مضى لانه معلوم للحال وعليه فرع ما لو قال خطبت بنتك فلانة لابني فلان فقال زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها من ابنك وقبل اب الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من احد صح النكاح لان التعليق كائن للحال تحقيق وتنجيز واذا اضاف النكاح الى نصفها مثلا فيه روايتان والصحيح عدم الصحة كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في المبسوط في موضع جوازه كالطلاق قوله وينعقد الخ حاصل الالفاظ المذكورة هنا اربعة اقسام قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف في خارج المذهب وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به والاوجه ان ترتب على هذا الترتيب ليلي كل قسم ما هو اقرب اليه وهكذا فعل المصنف الا في لفظ الوصية القسم الاول ما سوى لفظي النكاح والتزويج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتي لك بالف خلافا للشافعي وجوازه عندنا بطريق المجاز فان المجاز كما يجري في الالفاظ اللغوية تجري في الالفاظ الشرعية وانما الكلام في تحقيق طريقه هنا فنفاه الشافعي ره بناء على انتفاء ما يجوز التجوز اما اجمالا فلانه وجد لصح ان يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال انكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك كما يقال ملكتك نفسي وبنتي مرادا به انكحتك وليس فليس واما تفصيلا فلان التزويج هو التلفيق وضعا والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك احد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافه لتأكد به وان صح هذا الوجه عنه كان معترفا بانه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من انه العقد الا ان يعني فيما تقدم انه معنى لسان الشرع بناء على النقل ولنا ان التمليك اي معناه الحقيقي سبب الملك المتعة في محلها بواسطة كونه سبب ملك الرقبة وملك المتعة في محلها هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز واما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرع منه في الاصول من انه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا الا اذا كان المقصود من شرعية السبب عينه كالبيع لملك الرقبة وليس ملك المتعة الذي هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة والجواب عن الثاني منع انه لا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة قوله والا لما فسد النكاح الخ قلنا فساده للزوم المنافاة بين كون احدهما مالكا للكل الآخر وكون ذلك الآخر مالكا بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك بحكم ملك الرقبة على ما يتبين ان شاء الله تعالى في فصل المحرمات لا لعدم الضم والازدواج وللشافعي ره ايضا انما خص النكاح باشتراط الشهادة اظهارا لخطره خص باللفظين النكاح والتزويج لدليل ولم يرد غيرهما شرعا والجواب منعهما بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يخص قال الله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي عطفا

طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز

على المحللات في قوله تعالى انا احللنا لك ازواجك اللاتي اتيت اجورهن وما ملكت يمينك مما افاء الله عليك والاصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها وقوله تعالى خالصة لك يرجع الى عدم المهر بقرينة اعقابه بالتعليل بنفي الحرج فان الحرج ليس في ترك لفظ الى غيره خصوصا بالنسبة الى افصح العرب بل في لزوم المال وبقرينة وقوعه في مقابلة المؤتى اجورهن فصار الحاصل احللنا لك الازواج المؤتى مهورهن والتي وهبت نفسها لك غير مأخوذ مهرها خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين اما هم فقد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم من المهر وغيره وابدا صدر الشريعة جواز كونه متعلقا باحللنا قيدا في احلال زوجة له لافادة عدم حلهن لغيره صلى الله عليه وسلم وله ايضا ان الشهادة شرط في النكاح والكناية فيها لا بد من النية ولا اطلاع للشهود قال في شرح الكنز قلنا ليست شرطا مع ذكر المهر وذكر السرخسي نهاية تشترط مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع اسد كما اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف الى المجاز من غير نية ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال انتهى ويشكل بان الحكم بالمجاز يتبع امرين احدهما قرينة تدل على ارادة غير ذلك المعنى المجازي ولذا لو طلب من امرأة فقالت وهبت نفسي منك وقيل لا ينعقد والآخر وجود قرينة تفيد المجازي ولذا قال ابو البنت وهبت بنتي منك لتخدمك قيل لا ينعقد هذا في الحكم به اما في جواز التجوز فقط فالشرط مع الاول الارادة لا قرينتها وذلك لان اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لان نسبته اليه كنسبته الى غيره فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس الا علاقة وضعه له او ارادة بينه وبين ما وضع له معنى مشترك تثبت اعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه والارادة لازمة في المحلين غير ان الحكم من السامع بارادة المتكلم المعنى الحقيقي لا يفتقر الى نصب قرينة تفيد ارادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه وهذا ما يقال الكلام لحقيقته ما لم يقم الدليل على مجاز بخلاف حكمه بارادة ما لم يوضع له حيث يفتقر الى دليل ارادته فان لم يكن فلا بد من علم الشهود ومراده بان اعلمهم به ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الاجارة عند من يجيزه ان يقول اجرت بنتي ونوى به النكاح وعلم الشهود انتهى بخلاف ما اذا قال بعتك بنتي بحضرة الشهود فان عدم القبول المحل للمعنى الحقيقي وهو الحرية للبيع يوجب الحمل على المجازي هو القرينة فيكتفى بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها امة احتيج الى قرينة زائدة في البدائع لو قال لرجل وهبت امتي منك فان كان الحال يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر مؤجلا ومعجلا ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال تدل على النكاح فان نوى صدقه الموهوب له فكذلك وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة انتهى والظاهر انه اذا لم يدل الحال فلا بد مع النية من اعلام الشهود كما قدمناه لانه لا بد من فهمها المراد على المختار على ما سنذكره وقد رجع شمس الائمة الى التحقيق حيث قال ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراطها وعدم اللبس انما يصلح للتعليل دعوى فهمهما واما الحالف لا يأكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بارادة المجازي نظرا الى تعذر الحقيقي وكونه متكلما واما الهازل فمريد للمعنى للفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم نعم قد يقال في عقد الملجئ يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الالجاء قرينة تصرف عن ارادة المعنى المجازي اذ غرضه ليس الا التخلص وذلك باجراء اللفظ فقط او مريد حقيقته للتخلص وهي متعذرة اذ لا تصح هبة الحرة وبيعها والذي يقيم مقام المعنى في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة هو الحقيقة دون المجاز والله اعلم وأورد كيف ينعقد بالهبة وبه يقع الفرقة اذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط اما اولا فهو مشترك الالزام اذ يلزم مثله في التزوج فانه يقع به اذا نوى بقوله تزوجي والمحل للهبة فيها علاقة السببية للملك فيجوز بها غير انه اذا اضاف الملك المتجوز عنه بالهبة اليها انفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا وان اضافه الى الرجل صح نكاحا فظهر ان اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس الا لاختلاف الاضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استعارتها للملك لعابر لملك الرقبة اذ لم يصح الطلاق الا باعتبار استعارتها **القسم الثاني** ما اختلفوا في الانعقاد به والصحيح الصحة وهو بعت نفسي منك بكذا او بنتي او اشتريتك بكذا فقالت نعم ينعقد قوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر الاعمش وقوله لوجود طريق المجاز تعليل للصحيح وجهه ما قدمناه في تقرير التمليك واختلف بالانعقاد بلفظ السلام فقيل

ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة

الا ان السلم في الحيوان لا يجوز وقيل ينعقد لانه تثبت به ملك الرقبة والمنقول عن ابي حنيفة رح ان كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد لو اتصل به القبض ينعقد الملك فاسدا لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان وفي البدائع قيل لا ينعقد لانه وضع لاثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين في المعقود عليه ثابتين وقيل ينعقد لانه تثبت ملك العين في الجملة وظاهر الهداية ان فيه قولان وكان منشأهما الروايتان واما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لانه في معنى الاعارة قيل الاول قولهما والثاني قياس قول ابي يوسف بناء على ثبوت الملك في العين وعنده لا واما لفظ الصلح فذكر صاحب الاجناس انه لا ينعقد به وذكر شمس الائمة السرخسي في كتاب الصلح ان ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز اه القسم الثالث لا ينعقد بالاجارة والاعارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي وجهه ان الثابت بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك وجه الصحيح على ما ذكروا انهما لا ينعقدان الا موقتة والنكاح الشرط فيه نفيه فلا يستعار احدهما للآخر وقد يقال ان كان المتضاد بهما العرضيان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزمكم مثله في البيع لانه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق ان الموقتة ليس جزء مفهوم لفظ الاجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض غير انه وقع مجردا لا يعتبر شرعا على مثال الصلوة هي القيام الخ والوجه بل الاجارة لا تعتبر ولا يقال ان الطهارة جزء مفهوم الصلوة ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا الى نفي السببية التي هي العلاقة فان الاجارة ليست سببا لملك المتعة حتى تجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالاجارة وهذا اذا جعلت المرأة مستأجرة اما اذا جعلت بدل الاجارة او راس مال السلم كان يقال استأجرت دارك ببنتي هذه او اسلمتها اليك في كر حنطة ينبغي ان لا يختلف في جوازه فانه اضاف اليها بلفظ يملك به الرقاب قال المصنف ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت وعن الطحاوي ينعقد لانه يثبت به الرقبة في الجملة وعن الكرخي رح ان قيد الوصية بالحال بان قال اوصيت لك ببنتي هذه الآن ينعقد لانه به صار مجازا عن التمليك انتهى وينبغي ان لا يختلف في صحته ح فالحاصل انه اذا قيد بالحال يصح او بما بعد الموت بان قال اوصيت لك بابنتي بعد موتي لم يكن نكاحا ولو قال اوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحا وعن الطحاوي ينعقد ثم كون الاضافة الى ما بعد الموت سببا لو وقع فيما نحن فيه الا بمجرد الاضافة تستقل بعدم الصحة لو قال زوجتكها غدا لم يصح وحاصل الوجه ان الاضافة ماخوذ من مفهوم الوصية وعدمها في النكاح قصدا فلا تجوز بلفظ احد الضدين عن الآخر بخلاف الهبة ليست جزء مفهوم لفظها الاضافة الى ما بعد القبض بل هي تمليك العين بلا بدل ثم هو متاخر فيما اذا كان الموهوب في غير يد الموهوب له لضعف سببيتها بسبب عدم العوض ولذا لو كان في يد الموهوب له تم الملك بنفس اللفظ القسم الرابع لا ينعقد بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المنفعة في كل منهما فانتفى الجامع وهو المشار اليه بقوله لما قلنا ولا ينعقد بلفظ الاقالة والخلع لانهما لفسخ عقد سابق فروع الاول كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد ويجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان دخل بها الثاني لو لقنت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك او لا يعلمون صح كالطلاق وقيل لا كالبيع كذا في الخلاصة ومثل هذا في جانب الرجل في القنية ولا يعلم معناه وهذه في جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع فالثلاثة الاول تقع في الحكم ذكره في عتاق الاصل في باب التدبير واذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان ينبغي ان يكون النكاح كذلك لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه واما في الخلع اذا لقنت اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عدتي فقالته ولا تعلم معناه بلفظ الخلع واختلفوا فيه قيل لا يصح وهو الصحيح قال القاضي فينبغي ان يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة وكذا لو لقنت ان تبرئه وكذا المديون

والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت

اذ التقى رب الدين لفظ الابراء لا ابراء الثالث اذا سمى المهر مع الايجاب فقال تزوجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا اقبل المهر قالوا لا يصح ولا يشكل بانه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية او وجودها لانه ما اوجب النكاح الا بذلك القدر المسمى فلو صححناه اذا قبلت في النكاح دون المهر للزمه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه ما لم يلتزمه بخلاف ما اذا لم يسم من الاصل لان غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه مع انه لازم فيلزمه ما التزمه ولو قال قبلت النكاح ولم يزد على ذلك اليمين بالنكاح بما سمى وقد يخالف هذا ما في المنتقى عبد تزوج على رقبته بغير اذن المولى فبلغه فقال اجيز النكاح ولا اجيز على رقبته يجوز النكاح ولها الاقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما في الجامع امة تزوجت بغير اذن المولى على مائة درهم فبلغه فقال اجزت النكاح على خمسين دينار او رضي به الزوج لان هذه مقرونة برضى الزوج فهي ملحقة باجازته والحق ما اعلمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وان خالف ما عن محمد الرابع ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب وصورته ان يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه او تقول ان فلانا كتب الي يخطبني فاشهدوا اني زوجت نفسي منه اما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح وباسماعهم الكتاب او التعبير عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما اذا انتفيا ومعنى الكتاب بالخطبة ان تكتب زوجيني نفسك فاني رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب الى الشهود مختوما فقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول ابي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول ابي يوسف ثم رجع وجوزه من غير شرط اعلام الشهود بما فيه واصل الخلاف كتاب القاضي الى القاضي على ما سياتي ان شاء الله تعالى قال في المصفى هذا يعني الخلاف اذا كان الكتاب بلفظ التزوج اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط اعلامها الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعدما اشهدهم عليه من غير قراءة عليهم ولا اعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب قبل العقد بحضرتهم فشهدوا ان هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضي بالنكاح وعنده تقبل ويقضي به اما الكتاب فيصح بلا اشهاد وهذا الاشهاد لهذا وهو ان تتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا في المبسوط وشيخ الاسلام والكامل اجمعوا في الصك ان الاشهاد لا يصح ما لم يعلم الشهود ما في الكتاب واعلم ان ما نقله من نفي الخلاف في صورة الامر لا شبهة فيه على قول المحققين اما على قول من جعل لفظ الامر ايجابا كقاضيخان على ما قدمنا عنه فيجب اعتبار اعلامهما اياهم ما في الكتاب وان لم يعلمهم الكتاب فالكتاب يكون من صورة الخلاف على ما صدرنا به المسألة الخامس ينعقد بالاشارة من الاخرس ان كانت له اشارة معلومة السادس ينعقد بقبول الرسول عبارة المرسل في الايجاب بحضرة الشهود وكلا بسماعه مفصلا ان شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال تزوجتك على ان يطلقني عبدك فاجابته بالنكاح انعقد ووجب المهر مثلها عليه ولا شيء لها من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال اذا جاء فلان فقد زوجتك بنتي فلان فقبل في المجلس لم ينعقد كذا التعليق الرجعة لان كلا منهما التزام والذي يجوز تعليقه بالشرط ما هو اسقاط كالطلاق والعتاق او التزام كالنذر الا التعليق بالمشيئة والمبطل من المشيئة في المجلس فعلى ما في التجنيس في رمز الفتاوى الصغرى وغيرها لو قال تزوجتك ان شئت وان شاء زيد فابطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز لان المشيئة اذا بطلت في المجلس صار نكاحا بغير مشيئة كما قال في السلم اذا ابطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال لكن اذا بدأت المرأة اما اذا ابدأ الزوج فقال تزوجتك ان شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشيئة بعد ذلك لان القبول مشيئة انتهى وهذا ناظر الى ان ما من جانب المرأة هو القبول تقدم او تأخر وما من جانب الرجل ايجاب تقدم او تأخر وقد قدمنا تحريرا ان الحق ان الاول ايجاب من اي جهة كان والثاني قبول لذلك فالحق عدم جواز تعليقه بالخطر فيقع مشيئة التعليق فيبطل كما لو قال تزوجتك على اني بالخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال ان رضي ابي لا يجوز بخلاف من خطب اليه بنته فقال

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رضـ اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحـ في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحـ وستعرف في الشهادات ان شاء الله

زوجتها فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان فقد زوجتها ابنك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر انه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما لان هذا التعليق بما هو موجود للحال ومثله تحقيق كذا اجاب بعض المشائخ وسنفصل الكلام في خيار الشرط والرؤية والعيب في باب المهر ان شاء الله تعالى **التاسع** اذا وصل الايجاب بتسمية المهر كان من تمامه حتى لو قبل الآخر قبله لا يصح كامرأة قالت لرجل زوجت نفسي منك بمائة دينار فقبل ان تقول مائة دينار قبل الزوج لا ينعقد لان اول الكلام يتوقف على آخره اذا كان في آخره ما يغير اوله وهنا كذلك فان مجرد زوجت ينعقد بمهر المثل وذكر المسمى يغيره الى تعيين المذكور فلا يعمل قبل الزوج قبله **العاشر** ينعقد النكاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه الترمذي من حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ورواه ابو داؤد وجعل العتق بدل الرجعة ولذا ينعقد من المكره **قوله** ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور احتراز عن غير المسلمين اذ سياتي ان انكحة الكفار بغير شهود صحيحة اذا كانوا يدينون بذلك وقوله بحضور لا يوجب السماع وهو قول جماعة منهم القاضي علي السغدي ونقل عن ابواب الامارة من السير الكبير انه يجوز وان لم يسمعوا وعلى هذا جوازه بالاصمين والنائمين واشتراط السماع لانه المقصود من الحضور وسياتي تمامه اما اشتراط الشهادة فلقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود قال المصنف رحـ وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد وظاهره انه حجة عليه في الامرين اشتراط الاعلان وعدم اشتراط الاشهاد لكن المقصود انه حجة في اصل المسئلة وهو اشتراط الاشهاد وانما اراد ذكر الاعلان تتميما لنقل مذهبه ونفي اشتراط الشهادة النافين قول ابن ابي ليلى وعثمن البتي وابي ثور واصحاب الظواهر وفعله زوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن وهم محجوجون لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود رواه الدارقطني وروى الترمذي عن ابن عباس رضـ البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة ولم يرفعه غير عبد الاعلى في التفسير ووقفه في الطلاق لكن ابن حبان روى من حديث عائشة رضـ انه صلى الله عليه وسلم قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له قال ابن حبان لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا وشتان ما بين هذا وبين قول فخر الاسلام ان حديث الشهود مشهور يجوز تخصيص الكتاب به اعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية فيندفع به الايراد المعروف وهو لزوم الزيادة على الكتاب او تخصيصه بخبر الواحد وجواب آخر وهو انه خص ببنية المحرمات فجاز تخصيصه بخبر الواحد ثانيا ولو عدل الى ان النص واحل لكم ما وراء ذلكم فالجواب بان الامر المخصوص بالمشترك ونحوه واعلم ان المشائخ رحمهم الله نصبوا الخلاف في موضعين في الشهادة على ما ذكرنا وفي الاعلان واستدلوا لمالك رحـ في اثباته بالمنقول من قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث عن عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم اعلنوا بالنكاح رواه الترمذي وقال حسن غريب وبالمعقول وهو ان حرام هذا الفعل يكون سرا فقصد يكون جهرا لينتفي التهمة الذي يظهر ان هذا نصب في غير محل النزاع يظهر ذلك من جوابهم عن هذا الاستدلال وغيره وذلك ان كلمتهم قاطبة فيه على القول بموجب الاثر الاعلان وادعاء العمل بها باشتراط الاشهاد اذ به يحصل الاعلان وكلام المبسوط حيث قال ولان الشرط لما كان الاظهار يعتبر فيه ما هو طريق الظهور شرعا وذلك بشهادة الشاهدين فانه مع شهادتهما لا يبقى سرا وقول الكرخي رحـ نكاح السر ما لم يحضره شهود فاذا حضروا فقد اعلن قال وسر كما كان عند امراء وستر الثلاثة غير الخفي صريح فيما ذكرنا فالتحقيق انه لا خلاف في اشتراط الاعلان وانما الخلاف بعد ذلك في ان الاعلان المشترط هل يحصل بالاشهاد حتى لا يضر بعده توصية للشهود بالكتمان اذ لا يصير بعد الاعلان التوصية بالكتمان او لا يحصل بمجرد الاستشهاد حتى يضر فقلنا نعم وقالوا لا ولو اعلن بدون الاشهاد لا يصح لتخلف شرط آخر وهو الاشهاد وعنده يصح فالحاصل ان شرط الاشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر فكل اشهاد اعلان ولا ينعكس كما لو اعلنوا بحضرة صبيان وعبيد **قوله** لعدم الولاية

ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلِّدا فيصلح مقلَّدا فكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز

يعني القاصرة وهي ولاية على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لان تلك محتاج اليها للاداء التعليل بعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وان لم يكن من شرط هذه الشهادة الاداء اذ لم يكن ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة وقد اجازت شهادة المحدود في القذف لولايته على نفسه والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج الى الاداء بجحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما من العقد بحضوره جازت شهادتهما وان لم يكن صحة العقد كانت بحضورهما هذا ومذهب احمد رضه بجواز شهادة العبد مطلقا واستبعد نفيها لانه لا كتاب ولا سنة ولا اجماع في نفيها وحكي عن انس رضه انه قال ما علمت احدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الامم يوم القيامة فكيف لا تقبل هنا وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الاخبار والذي ذكر من المعنى وهو ان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له ممنوع فانه لا تلازم عقلا بين تصديق مخبر في اخباره بما شاهده بعد كونه عدلا تقيا غير مملوك المنافع ولا شرعا لم لا يجوز ان يبتلي عبدا من عباد الله بالرق ويقبل اخباره كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل اداؤه ولذا اجاز بعقد ابني الزوجين ولا اداء لهما وغاية ما يلج فيه انه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا لم يصح له تصرف فالتحق بالجمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور ورد بما ذكره في المبسوط حيث قال ولان النكاح يفعل في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون في محافل الرجال فكان حضورهما كلا حضور فحاصله اشتراط الشهادة انما هو لاظهار الخطر ولا خطر في احضار مجرد العبيد والصبيان وكذا اهل الذمة في انكحة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فيشمل هذا الوجه نفي شهادة الكل وعلى اعتباره اولى ان ينفي شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وان كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو وهذا الذي ادين به **قوله** ولا تشترط العدالة حتى تنعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحه له ان الشهادة من باب الكرامة حقيقته الى الرجوع الى الوجه الاول القائل انها شرطت ايضا لاظهار الخطر وهو معنى التكرمة والفاسق من اهل الاهانة فلا تكرمه ولا تعظيم للعقد باحضاره فجعله للقبول ولنا انه اي الفاسق من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحليله من شرطية وضع فيها المقدم ليحصل من تحليله من اقتراني كما سلكه بعض الشارحين فلطال اي لما كان من اهل الولاية كان من اهل الشهادة فهذه دعوى ملازمة شرعية وقوله وهذا لانه لم يحرم الولاية على نفسه الخ ملازمة اخرى لبيان الملازمة الاولى غير المنتج لا اولى فعللها بقوله لانه من جنسه اي لان الغير من جنس الفاسق فيجوز قلبه وفيه تقديم وتأخير لبعضه لبعيد من اللفظ وحاصل هذا ان احكام افراد الجنس المتحد متحدة بحسب الاصل فكل مسلم يتعلق به من خطابات الاحكام ما يتعلق بمثله فلما لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية لنفسه علم انه لم يعتبر شرعا فسقه سالبا لاهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لانه كنفسه الا ان ثبوتها على غيره لا يتحقق الا برضاه وذلك بتوليه عليه اذا استشهده فقد استولاه ورضي فيثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لاحد شطري العقد من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فيجوز شهادته فيه اي سماعه اما الاداء فيتوقف على فعل غيره وهو اجازة القاضي وانت اذا تأملت هذا الوجه ظهر لك انه لم يرد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فثبتت شهادته لعدم النافي والوجه السابق من ان اشتراط الشهادة لاظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد هو عليه ينفيه لان مجرد احضار الفاسق ليس تكرمة والحق ان هذا الوجه انما ينفي ما ذكرناه من احضار الفساق حال سكرهم على ما ذكرنا من انه اذا عقد بحضرة سكارى لا يفهمون كلام العاقدين جاز وان كانوا بحيث ينسونه اذا صحوا وهذا الذي ذكرناه انما هو فيمن كان في نفسه ما يستفاد له مروءة وحشمة فان احضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور فالحق صحة العقد بحضرة فساق لا في حال فسقهم والله اعلم **قوله** ولانه صلح مقلدا بالكسر الامام وجه ثان ذكره المصنف رحه في صحة شهادة الفاسق في النكاح وهو انه يصلح مقلدا اي سلطانا او خليفة

لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة

شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال

وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد

فصاح مقلد الفتح اللام اي قاضيا وكذا شاهدا بالواو في نسخ وبالفاء في نسخ فعلى الاول هي ملازمة واحدة حاصلها المصالح للولاية الكبرى التي هي عموم ضرر او
وانفصاح صالح للصغرى التي هي اقل وهي القضاء والشهادة بطريق اولى بيان الاستئنافية المقدرة المستغنى عن اظهارها بالمعقبة لما قاله انها دالة على وضع العقد
ان الخلفاء غير الاربعة السابقين ومن بعدهم باحسان كعمر بن عبد العزيز قلما خلوا عن فسق مع عدم انكار السلف ولايتهم وتصحيح تقليدهم القضاء غيرهم
وعلى الثاني ملازمتان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والاول سبب للثاني في كل منهما فاعترض بانه ذكر في ادب القاضي ان الامر
بالعكس حيث قال لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة واجيب بان قوله فكذا شاهدا عطف على مقلد بكسر اللام وان تحلل معطوف غيره
فهو من قولك جاء زيد فبكر فعمرو عطف على زيد لا بكر وسببية هنا ظاهرة ولا منافاة فيصح وفيه نظر اذ العطف بالفاء يقتضي ترتب كل على ما قبله كما في جاء زيد فعمرو فبكر
فروع في فتاوى النسفي للقاضي ان يبعث الى شافعي ليبطل العقد اذا كان بشهادة الفاسق وللحنفي ان يفعل ذلك على ما نبين في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى
وكذا الوكان يغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث الى شافعي وجاء منه بغير محلل لم يقض بالصحة وبطلان النكاح الاول يجوز والم يأخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب اليه ولا اقيم بينة
حرمة الوطء السابق ولا شبهة ولا حد في الولد كذا في الخلاصة ثم قال الامام ظهير الدين المرغيناني لا يجوز الرجوع الى شافعي المذهب في اليمين المضافة اما الوفعل واقتضى ينفذ قوله
لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم تتيح لا سماع للكافر على المسلم لكنه عدل في النتيجة الى التشبيه فقال فصار كانهما لم يسمعا كلام المسلم لان مراده من النتيجة
نفي السماع المعتبر لا نفي حقيقته واذا انتفى الاعتبار صار كان وجوده كعدمه فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كانهما لم يسمعا كلام المسلم وتمام هذا الدليل موقوف
على ان صغرى القياس منعكسة فيصدق في خصوص هذه المادة لان المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعتبر فلولا ان الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدوري وغيره فيما
ان من قال به السعدي والاسبيجابي لم يتم ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولانه المقصود بالحضور فلا يجوز بالاصمين على ما هو الاصح ومن اشتراط السماع
ما قدمناه في التزوج بالكتاب من انه لا بد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بان تقرأه المرأة عليهم او سماعهم العبارة عنه بان تقول ان فلانا كتب
الي يخطبني ثم تشهدهم انها زوجته نفسها اما لو لم تزد على الثاني لا يصح على ما قدمناه في الفروع ولقد بعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد النائمين
ونص في فتاوى قاضيخان عليه اذا لم يسمعا كلامهما لا يجوز ثم الشرط ان يسمعا معا كلامهما مع الفهم اما الاول فذكر في روضة العلماء انه الاصح وبه اخذ عامة العلماء حتى
او لو سمع احد الشهود ثم اعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد وعن ابي يوسف انه ان اتحد المجلس جاز استحسانا والا فلا وعنه لا بد من
سماعهما معا واما الثاني فعن محمد لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما لم يجز وعنه ان امكنهما ان يعبرا اما سمعا جاز والا فلا وحكى في فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل
الظاهر عدم الجواز **قوله** ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك اي ملكه عليها لوروده على محل ذي خطر وهو بضع انثى ليست مملوكة
محللا من بنات آدم على وجه يقصر ما على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وهذه من اجل النعم وهو معنى مناسب لاشتراط احضار السامعين العقلاء اظهارا للتعظيم هذا
العقد ليقع في محفل من المحافل فيظهر اثر ذلك بايجاب المال عليه وبهذا مع ان ملك المتعة مشترك يعلم ان اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس لملك كل منهما التمتع
بحل والالم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال فيما عهد من تقريرات الشرع في موضع
ولا على اعتبار ملكها الازدواج المشترك لانه يثبت تبعا لملك البضع ولا يشترط للتوابع والا وجب الاشهاد على شراء الامة للوطء فان ملكه من توابع ملك
رقبتها واذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهي ذمية فيجوز للذميين فلزمه اظهار خطرها بالنسبة اليها شرعا ولهذا لو كانا ذميين حكم
الشرع بصحته حتى لو اسلم بقي على الصحة بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان الشهادة اشترطت في العقد بذلك المعنى والعقد يقوم بهما ولا بد من سماعهما

ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل

مباشرا لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن

ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز

هذا وتقبل شهادتهما عليها او ان انكرت لا عليه اذا انكر وعند محمد لا تقبل الا ان يقول كان معنا مسلمان وعنه لا تقبل مطلقا لاثباتها فعل المسلم فلا تثبت
بشهادتهما ولو اسلما ثم اديا تقبل على كل منهما عندهما لان سماعهما كلام المسلم معتبر وامتنع الاداء للكفر وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد الا ان قالا كان معنا
مسلمان عند العقد ولو كان الشاهدان ابنيها قبل عليها فقط او ابنيه فعليه فقط او ابنيهما فلا يقبل على واحد منهما كما لو كانا اعميين او اخرسين
سميعين حيث يصح العقد بهما لا الاداء لهما لعدم البصر والتكلم والعدوان على التفصيل فعدواه يقبلان عليها لا عليه وعدواها يقبلان عليه لا عليها وعدوهما
لا يقبلان مطلقا اما الانعقاد فيثبت بشهادة الاولاد والاعداء كيف كانوا واما الاخوان بان زوج الاب ابنته بشهادة ابنيه فانكر الزوج وادعاه الاب
والبنت كبيرة او الامراة فشهدا لا يقبل ولو كان الزوج هو المدعي والمراة منكرة او الاب قبلت هذا قول ابي يوسف وعند محمد تقبل وان كان
المدعي الاب او المراة ايضا والاصل ان كل شيء يدعيه الاب فشهادتهما فيه باطلة وان لم يكن فيه منفعة له لشبهة الابوة عند ابي يوسف لثبوت
منفعة نفاذ كلامه وقال محمد كل شيء للاب فيه منفعة جحدا وادعى فشهادة ابنيه فيه باطلة وكذا كل شيء وليه ما يكون خصما فيه مثل البيع ونظائره ولم
يعتبر منفعة نفاذ القول منفعة ولو كانت لبنت صغيرة لا يقبل اتفاقا لانها للاب قال الحاكم ابو الفضل في تفسيره يريد ان الشهادة تبطل في حال
ادعائه من طريق التهمة وكذا في جحوده لوقوعها لغير خصم يدعي انتهى وفسر في المبسوط جحوده بان المراد ان عند جحوده ان كان الآخر جاحدا لا تقبل
لعدم الدعوى فاما اذا كان الآخر مدعيا فمقبولة وان كان للاب منفعة فيها كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة بالف والمشتري يدعيه وهذا لان
منفعة غير مطلوبة للاب ولا تمنع من قبول شهادتهما وكذا اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهد ابنا فلان ان اباهما كلمه جازت عند محمد
كان الاب جاحدا او مدعيا وعند ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون جاحدا ولو زوج الرجل بنته ثم شهد مع اختها عليها بالرضاع وهي تنكر لا تقبل لانه شهد
على فعل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان ما هو فيه خصم او لا فروع ولو اقرا بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود واختلفوا فيه والاصح انهما
ان سميا المهر ينعقد نكاحا مبتدأ كذا في الدراية وقدمنا انهما لو اقرا به ولم يكن بينهما نكاح لا ينعقد الا ان قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم
فينعقد لان النكاح ينعقد بالجنس ثم قال قاضي خان رح وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان اقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحا
وان اقرت انه زوجها وهو انها امراته يكون نكاحا ويتضمن اقرارهما الانشاء بخلاف اقرارهما بماض لانه كذب وهو كما قال ابو حنيفة اذا قال لامراة
ليست لي امراة ونوى به الطلاق يقع كانه قال لاني طلقتك ولو قال لم اكن تزوجها ونوى الطلاق لا يقع لانه كذب محض انتهى يعني
اذا لم يقل الشهود جعلتما هذا نكاحا والحق هذا التفصيل وفي الفتاوى بعث اقواما للخطبة فزوجها الاب بحضرتهم قيل لا يصح وان قبل عن الزوج
انسان لانه نكاح بغير شهود لان القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا لان التعارف هكذا ان يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لا يصير شاهدا
وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لانه لا ضرورة في جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم فقط والباقي شهود قوله ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة
فزوجها والاب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح وكذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضور رجل واحد او امراتين او وكيل المراة بحضورها مع امراتين جاز النكاح
ثم تقبل شهادة المزوج اذا لم يقل انا زوجتها بل يقول هذه زوجته هذا واعلم انه صح بحضور الواحد لان الوكيل في النكاح سفير ومعبر ينقل عبارة الموكل
فاذا كان من يعبر عنه حاضرا والغرض ان العبارة تنتقل اليه كان مباشرا لان النكاح العبارة تنتقل اليه وهو في المجلس وليس المباشر سوى
هذا بخلاف ما اذا كان غائبا لان انتقال العبارة اليه حال عدم الحضور لا يصيره مباشرا لانه ماخوذ في مفهومه والحضور ضرورة فتقتصر شرعا على

فصل في بيان المحرمات قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته
من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات

رجوع الحقوق الى الوكيل ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر لا يصح لان العبارة انما تنتقل الى من يفيد الولاية وهو السيد وهو غائب فظهر من هذا
التوجيه ان اثر المباشر مع حضوره جبري لا يتوقف على ثبوت الحاجة الى العبارة فاندفع ما اورد من انه تخلف عن مسائل الرفاه لان الاب لا يصلح شاهدا فلا حاجة الى
اعتبار مباشرة الا في المسئلة الاخيرة في الكتاب وهو ما اذا زوج الاب بنته البالغة بحضرة واحد لانها لا تصلح شاهدة على نفسها فانزلت مباشرة ضرورة التصحيح ولو
اذن السيد لعبده او مثله ان يزوج فعقد بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز لان الانتقال الى السيد لانهما وكيلان عنه والاصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لان الاذن
فك الحجر عنهما فيتصرفان بعده لاهليتهما لا بطريق النيابة ومما ذكر في مسئلة وكيل السيد يظهر ان ثبوت الصحة فيما اذا زوج السيد عبده او امته بحضورهما مع شاهد محل
نظر لان مباشرة السيد ليس فك الحجر عنهما في التزويج مطلقا والاشبه في مسئلة وكيل وكذا خالف في صحتها المرغيناني فقال قال استاذي فيها روايتان اي في
وكيل السيد والسيد قوله واذا جحد احد الزوجين النكاح فاما اصله او شرطه ففي اصله لو جحد الزوج فاقامت بينة به او على اقراره قبلت ولا يكون جحوده طلاقا لما
الا ترى ان الطلاق ينقص العدد وبارتفاع اصل النكاح لا ينقص واما انكار الشرط كانكار الشهادة فان كانت هي المنكرة بان قالت
تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح وان كان هو القائل ذلك فرق بينهما لاقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرقة
من قبله فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول والا فكله ونفقة العدة وهذا بخلاف انكاره اصله لان القاضي كذبه في زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا
وهنا ما كذبه في زعمه بحجة ولكن رجح قولها لمعنى هو ان الشرط تبع وقد اتفقا على الاصل والاتفاق على الاصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد
موافقته على الاصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا في حق نفسه ولذا فرق بينهما وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة او مجوسية ثم اسلمت او واختها
عندي او ولها زوج او امته بلا اذن لان هذه الموانع كلها في محل العقد والحال في حكم الشروط بخلاف ما لو ادعى احدهما ان النكاح كان في صغره
بمباشرته لانه منكر لاصل النكاح معنى واذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل البلوغ وان دخل بها فلها الاقل
من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف وان كان الدخول بعد البلوغ فهو رضى بذلك النكاح ولو بعد البلوغ لو اجاز العقد الذي
قبله جاز والتمكين من الدخول اجازة ولو كانت هي القائلة تزوجتني وانا معتدة وما بعدها الى آخر الصور التي ذكرناها وهو منكر فهي امرأته
لما قلنا في الشهادة والله سبحانه اعلم شهد شاهد انه تزوجها امس والآخر اليوم فهي باطلة فان النكاح وان كان قولا فمن شرائطه ما هو فعل
وهو الحضور فكان كالافعال في الاختلاف واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع القبول ولان كلا شهد بعقد حضره واحد والله اعلم

فصل في نكاح المحرمات المحلية الشرعية من شرائط النكاح وانما افرد هذا الشرط بفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء محلية المرأة
للنكاح شرعا باسباب الاول النسب فيحرم على الانسان فروعه وهم بنات اولاده وان سفلن واصوله وهم امهاته وامهات امهاته وآبائه وابنائه وان علون
وفروع ابويه وان نزلن فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات اولاد الاخوة والاخوات وان نزلن وفروع اجداده وجداته ببطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات
وتحل بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال الثاني المصاهرة فيحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وان نزلن وامهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وان
علون وان لم يدخل بالزوجات وتحرم موطوءة آبائه واجداده وان علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وموطوآت ابنائه وابناء اولاده وان سفلوا ولو بزنا
والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح والثالث الرضاع فيحرم به ما يحرم بالنسب وسيأتي تفصيله في كتاب الرضاع ان شاء الله الرابع الجمع بين المحارم او الاجنبيات كالامة
مع الحرة السابقة عليها الخامس حق الغير كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب السادس عدم الدين السماوي كالمجوسية والمشركة السابع

اذ الام هو الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع **قال** ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت
للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في
هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة **قال**
ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص

الشافعي كنكاح السيدات والسيدة عبدها **قوله** اذ الام هي الاصل لغة قال الله تعالى وعنده ام الكتاب وسميت مكة ام القرى لان الارض دحيت من تحتها وللزمام الجنائب وعلى هذا ثبتت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لان الام على هذا من قبيل المشكك **قوله** او ثبتت حرمتهن بالاجماع اي ان لم يكن اطلاق الام على الاصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات والتحقيق ان الام مراد به الاصل على كل حال لانه ان استعمل فيه حقيقة فظاهر والا فيجب ان يحكم بارادته مجازا فيدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لارادة ذلك في النص الاجماع على حرمتهن لم يثبت عند العلم اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الاولاد على الاجماع وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال كذا الاستدلال في البنات فان بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار ان البنت اسم الفروع فيتناولها النص حقيقة ومجازا عند البعض وقوله عند البعض يريد اذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فانهم يجوزونه اذا كان في محلين على ما سمعناك من التقرير بينا ولكن مجازا عند الكل ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الاولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الاخ والاخت ففي الاول لان الاشفاق منهن اولاد الجدات ومن اقرب اولى وفي الثاني لان بنات الاولاد اقرب من بنات الاخوة **فرعان** الاول البنت الملاعنة حكم البنت فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل والحقها بالام لا يجوز للرجل ان يتزوجها لانه بسبيل من ان يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنى بصريح النص المذكور لانها بنته لغة والخطاب انما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلوة ونحوه فيصير منقولا شرعيا **قوله** لان جهة الاسم عامة اي الجهة التي وضع للاسم مع اعتبارها فاسم الاخ مثلا وضع لاعتبار نسبتها الى الاخرى بالمجاورة في صلب او رحم فالاحسن ان يقال باعتبار حلولهما ما حلته من صلب او رحم كيلا يقتصر على التوءم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ويدخل في العمات والخالات بنات الاجداد وان علون لانهن اخوات ابائه وان علوا وبنات الجدات وان علون لانهن اخوات امهات علويات وفي بنات الاخ والاخت بناتهن وان سفلن **قوله** ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل فاذا كان نكاح البنت صحيحا اما بالفاسد فلا تحرم الام الا اذا وطئ بنتها ويدخل في ام امرأته جداتها **قوله** من غير قيد الدخول عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور واليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه بناء على ان تقييد المعطوف بصفة او حال كما في الآية فان من نسائكم حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه لكن يجوز ولا يمتنع ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علما فجعلا الدخول قيدا في حرمة امهات النساء وتبعهم بشر المريسي ومحمد بن شجاع ووجه البناء على ان الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات منسوقة انصرف الى الكل ورد بان المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمول عاملين وذلك ان النساء المضاف اليه امهات مخفوض بالاضافة والمجرور من بها فلو كان الموصول هو قوله اللاتي دخلتم بهن صفة لهما لزم ذلك هذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط وابطله في الكشاف بلزوم كون من مستعملا في معنيين متخالفين في اطلاق واحد وهو البيان بالنسبة الى النساء المضاف اليهن امهات والابتداء بالنسبة الى الربائب لانه المناسب فيهما قال الشيخ سعد الدين في حواشيه وما يقال ان الابتداء معنى كل صادق على جميع معاني من فضرب من التاويل والتشبيه ثم قال نعم قد يستعمل في الاتصال فيتناول اتصال الامهات بالنساء لانهن والدات وبالربائب لانهن مولودات فيصح جعل من نسائكم متعلقا بالامهات والربائب جميعا حالا منهما وفائدة اتصال الامهات بالنساء بعد اضافتها اليها في زيادة قيد الدخول لكن الاتفاق على حرمة امهات النساء مدخولات بهن او غير مدخولات يابى هذا المعنى فمن هذا جعل متعلقا بربائبكم فقط انتهى ويمكن ان تجعل حالا من النساء المضاف اليهن امهات ومن الربائب لانه قد يستلزم جعل الحال من المضاف اليه وانما جوزه من جوزه بمسوغ من كون المضاف صالحا للعمل في الحال او جزءا للمضاف اليه زاد بعضهم شبهة الجزء في صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف اليه نحو ملة ابراهيم حنيفا

سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين

قوله سواء كانت في حجره او في حجر غيره هو مذهب الجمهور وشرطه علي وعن ابن مسعود رجع الى قول الجمهور لان قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب كون البنت مع الام عند زوج الام وهو المراد بالحجر هنا ولو لا هذا لثبتت الاباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة وبالرجوع الى الاصل وهو الاباحة عند من لا يعتبر المفهوم لان الخروج عنه الى التحريم مقيد بقيد فاذا انتفى القيد رجع الى الاصل لا بدلالة اللفظ قوله ولهذا اي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في موضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فحيث خص في موضع النفي بالذكر علمنا انه المعتبر في اضافة الحرمة والا لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم او قال لم تكونوا دخلتم بهن او ليس في حجوركم جريا على العادة في اضافة نفي الحكم الى نفي تمام العلة المركبة او احد جزئيها الدائر وان صح اضافته الى نفي جزئها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال هذا ويدخل في الحرمة بنات الربيبة والربيب وان سفل لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والآباء لانه اسم خاص لهن فلذا اجاز التزوج بام زوجة الابن وبنتها وجاز للابن التزوج بام زوجة الاب وبنتها قوله ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء اعلم ان امرأة الاب والاجداد تحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشائخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة وبالزنا بناء على ارادة الوطي بالنكاح فان اريد من حرمة امرأة الاب والجد ما يطابقهما من ارادة الوطي قصر عن افادة تمام الحكم المطلوب حيث قال ولا بامرأة ابيه وتصدق امرأة الاب بمعقوده والا لم يفد الحكم في ذلك المحل فانما يصح على اعتبار لفظ النكاح في لفظ الآية في معنى مجازي يعم العقد والوطي ولكن النظر في تعيينه ويحتاج الى دليل يوجب اعتباره في المجازي وليس لك ان تقول تثبت حرمة للموطوءة بالآية والمعقود عليها بلا وطي بالاجماع لانه اذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالح له كان مرادا منه بلا شبهة فان الاجماع تابع للنص والقياس عن احدهما يكون ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم ثبت بذلك ان ذلك الحكم مراد من كلام الشارع اذا احتمل قوله لقوله تعالى وحلائل ابنائكم ان اعتبر الحليلة من حلول الفراش او حل ان تناوله الموطوءة بملك اليمين او شبهة او زنا فيحرم الكل على الآباء لكن الثابت تحرم المزني بها وما ذكرنا للآباء على الابناء ولا يتناول المعقود عليها للابن وبنته وان سفلوا قبل الوطي والفرض انها بمجرد العقد تحرم على الآباء وذلك باعتبارهما من المحل بكسر الحاء وقد قام الدليل على حرمة المزني بها للابن على الاب بهو ما سنذكره في موضعه فيجب اعتباره في اعم من المحل والحل ثم يراد بالابناء الفروع فيحرم حليلة الابن وان سفل على الجد الاعلى وكما تحرم حليلة الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع وذكر الاصلاب في الآية لاسقاط حليلة المتبنى وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعي والمنقول عنهم ان ذكر الاصلاب لاحلال حليلة المتبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف قوله ولا بامه من الرضاعة كل ما ذكرنا انه يحرم من اول الفصل الى هنا يحرم من الرضاع حتى لو ارضعت امرأة صبيا حرم عليه وجه زوج الظئر الذي نزل لبنها منه لانها امرأة ابيه من الرضاعة ويحرم على زوج الظئر امرأة هذا الصبي لانها امرأة ابنه من الرضاعة وستستوفى ان شاء الله تعالى في كتاب الرضاع قوله ولا يجمع بين الاختين نكاحا اي عقدا ولا بملك يمين وطأ وبهذا تميزان للنسبة اضافية والاصل بين نكاح الاختين ووطيهما مملوكتين ولا فرق بين كونهما اختين من النسب او الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان ارضعتهما اجنبية فسد نكاحهما وعند الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط واستدل بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف بناء على ان التحريم المذكور اول الآية اضيف بواسطة العطف الى الجميع وهو اعم من كونه عقدا او وطيا وعن عثمان رضي الله عنه اباحة وطي المملوكتين قال احلتهما آية وحرمتهما آية وبهذه وقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم فرجح الحل قيل ان عثمان رضي الله عنه رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم يعتد بخلاف اهل الظاهر وبتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر الخ غريب وفي الباب احاديث كثيرة

فان تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز النكاح
لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا
اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطيا ويطأ المنكوحة
ان لم يكن وطي المملوكة لعدم الجمع وطيا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين
في عقدتين ولا يدرى ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احدهما باطل بيقين ولا وجه
الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق

منها ما في الصحيحين عن ام حبيبة قالت يا رسول الله انكح اختي الحديث الى ان قال انها لا تحل لي وحديث ابي داود عن الترمذي عن ابي وهب الجيشاني انه
سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن ابيه فيروز الديلمي قال قلت يا رسول الله اني اسلمت وتحتي اختان قال طلق ايتهما شئت قال الترمذي حسن غريب وصححه
البيهقي وابن حبان ولفظ ابي داود اختر ايتهما شئت **قوله** فان تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح خلافا لبعض المالكية وجه قولهم ان المنكوحة
موطوءة حكما باعتبار الحكم فيصير بالنكاح جامعا وطيا حكما وهو باطل باعتبار الحكم لانكم عللتم عدم جواز وطي الامة اذا لم يكن وطي المنكوحة بلزوم الجمع
وطيا حكما وقلتم ان حكم وطي الامة السابق قائم حتى استحب له لو اراد بيعها ان يستبرئها وما قيل جاز صدور العقد لا يكون جامعا وطيا بل بعد تمامه
فان ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع فان صدوره من اهله مضافا الى محله وان كان ليس جمعا في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان لكن هو حكمه وهو لازم باطل
شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد في صفحات كلامهم مواضع عللوا المنع فيها بمثله وقد يجاب بان هذا اللازم بيده ازالته فليس لازما على
وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطي بعده بالقيام اذ ذاك **قوله** ولا يطأ الامة الحاصل انه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الامة على نفسه
بسبب كبيع للكل او البعض والهبة مع التسليم والاعتاق او بالكتابة والتزويج وعن ابي يوسف رحمه الله لا تحل المنكوحة بالكتابة وعنه لو ملك فرجها غيره لا تحل
المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطيها لاحتمال كونها حاملا منه فعلى هذا لو حاضت بعد الوطي قبل التمليك حلت المنكوحة بمجرد التمليك ووجه الظاهر
ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ومن هنا قال الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لان حرمة وطيها قد ثبتت بمجرد العقد
فلا حاجة الى اشتراط التحريم بسبب آخر واجيبوا بان حكم الوطي المرقوقة قائم حتى لو اراد بيعها استحب له ان يستبرئها فبالوطي يكون جامعا وطيا حكما واطلاق
الآية يمنعه هذا كلامهم وهو مصرح بما وجدناه آنفا وهذا اذا كان النكاح صحيحا بخلاف الفاسد الا اذا دخل بالمنكوحة فيفيد تحريم الموطوءة لوجود الجمع
حقيقة لانه وطي معتبر تترتب الاحكام عليه **قوله** لان المرقوقة ليست موطوءة حكما لان ملك اليمين لم يوضع للوطي بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب
ولدها الا بدعوة **فرع** لو اشترى اختين ليس له وطيهما فان وطي احدهما او لمسها بشهوة لم يحل له وطي الاخرى حتى يحرم الاخرى بسببه
ولو وطيهما اثم ثم لا تحل له وطي واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب ولو باع احداهما او وهبها او زوجها ثم ردت المبيعة او رجع في الهبة او طلقت
المنكوحة او انقضت عدتها لم يحل وطي واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب كما كان اولا **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدرى ايتهما الاولى
فرق بينه وبينهما هذا التفريع على حرمة الجمع وقيد بعقدتين اذ لو كانا في عقدة بطلا يقينا وبعدم علم الاولية اذ لو علم صح النكاح الاول وبطل الثاني
وله وطي الاولى الا ان يطأ الثانية فتحرم الاولى الى انقضاء عدة الثانية كما لو وطي اخت امرأته بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة
وفي الدراية عن الكامل لو زنى باحدى الاختين لا يقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى حيضة وهذا مشكل والله سبحانه اعلم **قوله** ولا وجه للتعيين لعدم الاولوية
طولب بالفرق بين هذا وما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل اجيب بامكانه هناك لا هنا لان نكاحهن كان
متيقن الثبوت فله ان يدعي نكاح من شاء بعينه منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها فلو ادعى تمسكا لم يتحقق ثبوته
قوله ولا الى التنفيذ مع التجهيل اي تنفيذ نكاحهما مع جهل المحللة منهما لانه تنفيذ الجمع بين الاختين او تنفيذ نكاح احداهما مع تجهيلها بان ينفذ
للاحد الدائر بينهما لعدم الفائدة وهو حل الاستمتاع اذ لا يقع الا في معينة ولا حل في المعينة او للضرر عليه بالزامه النفقة وسائر الواجبات مع عدم
حصول المقصود وعليها بالتصيير بتركها معلقة لا ذات بعل في حق الوطي ولا مطلقة ولتضرر الاولى لو وقع تعيينه لغيرها وهي الصحيحة والثانية لو وقعها

ولهما نصف المهر لأنه وجب للأولى منهما وانعدمت الأولوية للجهل بالأولية فينصرف إليهما
وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أنها الأولى أو الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة
وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا
على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله
ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى لأن الجمع بينهما يفضي إلى القطيعة

في الوطء الحرام وفي هذا النظر إذ لا ضرر فيهما في الدنيا وهو ظاهر ولا في الآخرة لعدم قصد التمالؤ على الإثم ولو قال للفصل بالواو كان أولى لأن كلا منهما لازم فتستفيد مع التجهيل تعيين التفريق والظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك فإن وقع قبل الدخول فله أن يتزوج أيتهما شاء في الحال أو بعده بها فليس له بأي واحدة منهما شاء حتى تنقضي عدتهما وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى فله تزوج التي لم تنقض عدتها دون الأخرى كيلا يصير جامعا وإن بعده بإحداهما فله أن يتزوجها في الحال دون الأخرى فإن عدتها تمنع من تزوج أختها **قوله** ولهما نصف المهر المسمى لهما بناء على أن التفريق قبل الدخول مع تساوي مهريهما جنسا وقدرا سواء ثبت كل على أنها سابقة أو ادعته فقط أما لو قالت لا ندري السابقة منا لم يقض لهما بشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهر كاملا وفي النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل ويجب حمله على ما إذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا أما إذا اختلف فتعذر إيجاب عقر لعدم تعيين أحدهما أولى بجعلها ذات العقر من الأخرى لأنه فرع الحكم بأنها الموطوءة في النكاح الفاسد هذا مع أن الفاسد ليس حكم الوطء فيه إذا سمي فيه العقر بل الأقل من المسمى ومهر المثل ولو اختلفا جنسا وقدرا يقضى لكل بربع مهرها وإن لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وكل هذه الأحكام المذكورة بين الأختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم والتقييد المذكور بقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما أي دعواها أنها الأولى أو يصطلحا بأن يقولا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على أخذه ذكره المشايخ ليندفع به قول أبي يوسف إنه لا شيء لهما للجهالة المقتضي لها فهو كما لو قال لأحد هذين عندي ألف لا يقضي لشيء للجهالة المقتضي له وعن محمد أن عليه مهرا كاملا بينهما نصفان لأن الزوج أقر بجواز نكاح إحداهما فيجب مهر كامل وجوابه أنه يستلزم إيجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه فإن إيجاب كماله بحكم الموت أو الدخول **قوله** ولا يجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها تكرار لغير داع إلا أن يكون المبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وذلك لا يتروج فإنه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها أو خالتها منع القلب بجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الأخ والأخت عليهما دون العمة والخالة على الابنة لزيادة تكرمتهما على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الأم في الصحيحين ولو لم يذكر حرمة نكاح الأمة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فإنه لم يذكره إلا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك الوهم وهذا ظاهر وغير هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يرد فيه على قول لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها متفق في الصحيح **قوله** وهذا مشهور أي الحديث المذكور ثابت في صحيحي مسلم وابن حبان ورواه أبو داود والترمذي والنسائي وبلفظه الصدر الأول بالقبول من الصحابة والتابعين ورواه الجم الغفير منهم أبو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو سعيد الخدري فيجوز الزيادة به على الكتاب يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم لا الزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع أن العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة فلو كان من أخبار الآحاد جاز التخصيص أيضا غير متوقف على كونه مشهورا والظاهر أنه لا بد من اعتبار الشهرة لأن الحديث متعلقه النسخ لا التخصيص لأن قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ناسخ لعموم قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم إذا تقدم لزم نسخه بالآية فيلزم حل المشركات وهو منتف أو تكرار النسخ وحاصله خلاف الأصل بيان الملازمة أنه يكون السابق حرمة المشركات ثم نسخ بالعام وهو وأحل لكم ما وراء ذلكم فيجب تقدير ناسخ آخر لأن الثابت الآن الحرمة **قوله** ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز له أن يتزوج بالأخرى إنما يتأتى بعد ذكر ذلك الفرع بأصل كلي تخرج عليه هو وغيره كحرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك أن يتزوج كل من رجلين أم الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة الأخرى أو يتزوج كل من رجلين بنت الآخر ويولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للأخرى فيمتنع الجمع بينهما والدليل على اعتبار

والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من
قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز
لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج
بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور

الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فانهم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم وروى ابو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة فاوجب تعدى الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة يفرض وصلها وهي ما تضمنه الاصل المذكور وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في اباحة الجمع بين غير الاختين وقد روي في خصوص العمتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كره ان يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين والخالتين وان تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد قوله القرابة المحرمة للنكاح اي بمقتضى آية المحرمات محرمة للقطع على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع القطع فلا يحل وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني اي انما حرمت للقطع فانه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي الى القطيعة فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية اعني حرمت عليكم امهاتكم الى آخرها على الرجل وان كان في بعضها غير ذلك ايضا كمنافاة الاحترام الواجب للامهات والعمات والخالات بالافتراش فيكون دراجة في القطيعة ولا شك ان الجمع افضى اليه لاكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع اولى من حرمة الافراد قوله ولو كانت المحرمية بينهما اي بين المرأتين بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجوز ان يجمع بين الاختين من الرضاع او امرأة وابنة اخ لها من الرضاع لانها عمتها او امرأة وابنة اختها من الرضاع لانها خالتها من الرضاع قوله لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع يعني ان الموجب للاجتناب ذلك الاصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرم عليه الاخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها او الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه حتى لا يجوز ان يجمع بين اختين من الرضاع او عمة او خالة وابنة اخ او اخت من الرضاع وكذا كل محرمية بسبب الرضاع وكلاهما منتف في الربيبة وزوجة الاب فكان تحريم الجمع بينهما قولا لا بدليل وهذه اعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة ابيها مما اتفق عليه الائمة الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجة علي وبنته ولم ينكر عليه احد من اهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز اخرجه الدارقطني عن قثم مولى ابن عباس رضي قال تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامرأة علي رض وذكره البخاري تعليقا قال جمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأته وتعليقاته صحيحة قال ابن سيرين وكرهه الحسن مرة ثم قال لا بأس به وقد منا قريبا انه لا بأس ان يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنه امها او بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد ابن الحنفية الرجل امرأة وزوج ابنه بنتها قوله ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وان علت فتدخل الجدات بناء على ما قدمنا من ان الام هي الاصل لغة وابنتها وان سفلت وكذا التحريم المزني بها على اباء الزاني واجداده وان علوا وابنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزاني فان افضاها لا تثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن ابي يوسف اكره له الام والبنت وقال محمد التنزه احب الي ولكن لا افرق بينه وبين امها وقد يقال اذا كان المس بشهوة تنتشر بها الآلة محرما يجب القول بالتحريم اذا افضاها ان لم ينزل وان انزل فعلى الخلاف الآتي وان انتشر معه او زاد انتشاره كما في غيره والجواب ان العلة هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق في صورة الافضاء ذلك لم يتحقق كونه في القبل ثم لا بد من كونها مشتهاة حالا او ماضيا وعن ابي يوسف اذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز الشوهاء ولهما ان العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة لجوازه ووقوعه لابراهيم وزكريا عليهما السلام وكان يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما وتساويا وانما وقعتا على خلاف العادة لا توجب ان الثبوت العادي ولا يخرجان العادة عن النفي ولا يتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافا لما عن الاوزاعي واحمد ووجهه ما تضمنه الجواب المذكور وبقولنا قال مالك في رواية واحمد خلافا للشافعي ومالك في اخرى وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الاصح وعمران بن حصين وجابر

ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا

وابي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وعطاء وسعيد بن المسيب وسليمن بن يسار وحماد والثوري واسحق بن راهويه ولو ولدت منه بنتا بان زنى ببكر وامسكها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لانها بنته حقيقة وان لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه لم تصر امهاتها امهات اولاد ولقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فان المراد الولد الذي يترتب عليه احكام الشرع الا ان حكم الحرمة عارضة فيه قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والمخلوقة من مائه بنته حقيقة لغة ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعا والاتفاق على حرمة الابن من الزنا على امه فعلمنا ان حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في امر الفروج وبحرمة البنت من الزنا قال مالك في المشهور واحمد خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اخته من الزنا وبنت اخيه او اخته او ابنه منه بان زنى ابوه او اخوه او اخته او ابنه فاولدوا بنتا فانها تحرم على الاخ والعم والخال والجد وقوله ظاهر من الكتاب قوله ولنا ان الوطء سبب الحرمة اعلم بان الدليل يتم بان يقال هو وطء سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطء الحلال بناء على الغاء وصف الحل في المناط وهو يعتبره فهذا منشاء الافتراق ونحن نبين الغاه شرعا بان وطء الامة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وامته المجوسية والحائض والنفساء ووطء المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة فعلم ان المعتبر هو الاصل هو ذات الوطء من غير نظر لكونه حلالا او حراما وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام الحلال غير مجرى على ظاهره ارايت لو بال او صب خمرا في ماء قليل مملوك لم يكن حراما مع انه يحرم استعماله فيجب كون المراد ان الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما ونحن نقول بموجبه اذ لم نقل باثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ هذا لو صح الحديث لكن حديث ابن عباس رض ضعف بعثمن بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري والنسائي وابو داود ليس بشيء وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن ابي فروة وهو متروك وحديث عائشة رض ضعف بانه من كلام بعض قضاة العراق قاله الامام احمد وقيل من كلام ابن عباس رض وخالفه كبار الصحابة وقد استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء بناء على ان المراد بالنكاح الوطء اما لانه الحقيقة اللغوية او مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وانما الفاحشة الوطء لا نفس العقد ويمكن منع هذا بل نفس لفظ الذي وضعه الشارع لاستباحة الفروج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء اي المعقود عليهن لهم بعد ما جعله الله قبيحا قبيح وقدمنا [illegible] اعتبار الآية دليلا على تحريم المعقود عليها للاب وقد روى اصحابنا احاديث فيها منها قال رجل يا رسول الله اني زنيت بامراة في الجاهلية افانكح ابنتها قال لا ارى ذلك ولا يصلح ان تنكح امراة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها وهو مرسل ومنقطع وفيه ابو بكر بن عبد الرحمن بن ابنة حكيم ومن طريق ابن وهب عن ابي يوسف عن ابن جريج ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج [illegible] ابنتها وهو مرسل ومنقطع الا ان هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات فالحاصل ان المنقولات تكافئت وقوله نعمة فلا تنال بالمحظور مغالطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق وعدا التسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه بل من حيث هو يترتب على المصاهرة فحقيقة النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا عضدا وساعدا يهمه ما اهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفى الصهرية وفائدتها ايضا اذ الانسان ينفر عن الزاني ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فانى ينتفع به فالمرجع القياس وقد بينا فيه الغاء وصف زائد على كونه وطأ وظهر ان حديث الجزئية واضافة الولد الى كل منهما كملا لا يحتاج اليه في تمام الدليل الا ان الشيخ ره ذكره بيانا لحكمة العلة يعني ان الحكمة في وجوب الحرمة بهذا الوطء كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منهما كملا وهو ان الفصل فلا بد من اختلاط ما ولا يخفى ان الاحتياط

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها

لا يحتاج تحققه الى الولد والا لم تثبت الحرمة بوطء غير معلق او الواقع خلافه فتضمنت جزءه والاستمتاع بالجزء حرام لقوله صلى الله عليه وسلم ناكح اليد ملعون الا في
موضع الضرورة وهي المنكوحة والا لاستلزم البقاعة تزوجا عظيما تضيق عنه الاموال والنساء واذا تضمنت جزءه صارت امهاتها كامهاته وبناتها
كبناته فيحرمن عليه كما تحرم امهاته وبناته حقيقة ونقول هو لا وجدان بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار وعند عدم العلوق غاية ما يلزم كون
المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المرفه قوله ومن مسته امرأة بشهوة اي بدون حائل او بحائل رقيق يصيب حرارة البدن الى اليد
وقيل المدار وجود الحجم وفي مس الشعر روايتان ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ويشترط كونها مشتهاة حالا او ماضيا فلو مس عجوزا
بشهوة او جامعها تثبت الحرمة وكذا اذا كانت صغيرة تشتهى قال ابن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس فما دونها لا بلا تفصيل وبنت
ثمان وسبع او ست ان كانت عبلة كانت مشتهاة والا فلا وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن اربع سنين زوجة ابيه لا تثبت به حرمة المصاهرة وهذا او بعدنا
من قريب لا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا او ناسيا او مكرها او مخطئا حتى لو ايقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى بنت منها فقرصها بشهوة
وهي ممن تشتهى يظن انها امها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة ولك ان تصورها من جانبها بان ايقظته هي كذلك فقرصت ابنها منه وقوله بشهوة في
موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس فلو مس بغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر في حد الشهوة من ان الصحيح ان تنتشر الآلة او تزداد
انتشارا هو قول السرخسي ره وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى ان يميل قلبه ويشتهي جماعها وفرع عليه ما لو انتشر فطلب امرأته فاولج
بين فخذي بنتها خطأ لا تحرم عليه الام ما لم يزدد الانتشار ثم هذا الحد في حق الشاب اما الشيخ والعنين فحدهما تحرك قلبه او زيادة تحركه ان كان
متحركا لا مجرد ميلان النفس فانه يوجد فيمن لا شهوة له اصلا كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ حتى لو مس واقر انه بشهوة تثبت الحرمة عليه وكان ابن
مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لانه لا يعتبر الا تحرك الآلة ثم وجود الشهوة من احدهما كاف ولم يحدوا الحد المحرم منها في حق الحرمة واقله تحرك
القلب على وجه يشوش للخاطر هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بان يصدقها او يقع في اكبر رأيه صدقها وعلى هذا ينبغي ان يقال في مسه اياها لا
تحرم على ابيه وابنه الا ان يصدقاه او يغلب على ظنهما صدقه ثم رأيت عن ابي يوسف ره انه ذكر في الامالي ما يفيد ذلك قال امرأة قبلت ابن زوجها
وقالت كان عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق بينهما ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر ان كان قبل الدخول ويرجع به على الاب ان تعمد
الفساد ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لانه وجب الحد بهذا الوطء فلا يجب المهر وتقبل الشهادة على الاقرار
بالمس والتقبيل بشهوة ولو اقر بالتقبيل وانكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الاصل والمنتقى يصدق وفي مجموع النوازل لا يصدق لو قبلها على الفم
قال صاحب الخلاصة وبه كان يفتي الامام خالي وقال القاضي الامام يصدق في جميع المواضع حتى ايته اتى في المرأة اذا اخذت ذكر الختن في الخصومة
فقالت كان عن غير شهوة انها تصدق انتهى ولا اشكال في هذا فان وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة بخلاف ما اذا قبلها منتشرا فانه
لا يصدق في دعوى عدم الشهوة والحاصل انه اذا اقر بالنظر وانكر الشهوة صدق بلا خلاف وفي المباشرة اذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف
فيما اعلم وفي التقبيل اذا انكر الشهوة اختلف فيه قيل يصدق لانه لا يكون عن شهوة غالبا الا ان يظهر خلافه بالانتشار ونحوه وقيل لا يقبل وقيل بالتفصيل
بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق او على الفم فلا والارجح هذا الا ان الخد يلحق بالفم ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما يقام عليه
البينة ان هذا المدعي تزوج امها او قبلها او لمسها بشهوة على ان قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على ارادة القبلة على الفم ونحوه او في اللمس

وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل انه يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها

فقط ان اريد غير الفم ونحوه والحاصل ان الدعوى اذا وافقت الظاهر قبلت والا ردت فيرى الظهور وفي المحيط لو كان لرجل جارية فقال وطئتها لا تحل لابنه وان كانت في غير ملكه تحل لابنه ان كذبه لان الظاهر يشهد له **قوله** وقال الشافعي لا تحرم قيل عليه ان ثبوت خلافه مستفاد من المسائل السابقة بطريق اولى فلا حاجة الى نقله مرة اخرى اجيب بان المس المتكلم فيه ثمة مفروض في الحلال وان كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلافه في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة ورد لابد من فرض كون المحسوس امته على ما في شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور اليها يعني التي فيها خلاف الشافعي الامة يعني امته لانه اما ان يراد المنكوحة او الاجنبية او الامة لا سبيل الى الاول لان ام المنكوحة حرمت بالعقد عليها بالنظر والمس لان حرمتها جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة الا لافادة تحريم الربيبة دون الام ولا سبيل الى الاجنبية لان الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي **قوله** والمعتبر النظر الى الفرج الداخل وعن ابي يوسف النظر الى منابت الشعر محرم وقال محمد ينظر الى الشق وجه ظاهر الرواية ان هذا الحكم يتعلق بالفرج والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه والاحتراز عن النظر الى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره انتهى ولقائل ان يمنع الثاني ويقول في الاول قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من اول الكتاب ما اذا نقل نظيره الى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر الى الخارج وهو قوله ولنا انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط وقد يجاب بان نفس الحكم هو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط فرع النظر من وراء الزجاج الى الفرج محرم بخلاف النظر في المرآة ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه تثبت الحرمة ولو كان هو على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم كان العلة والله اعلم ان المرئي في المرآة مثاله لا هو وبهذا عللوا الحنث فيما اذا حلف لا ينظر الى وجه فلان فنظره في المرآة والماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي بخلاف المرآة ومن الماء وهذا ينفي كون الابصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الاشعة والا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما بخلاف المرئي في الماء لان البصر ينفذ فيه اذا كان صافيا فيرى نفس ما فيه وان كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ولهذا كان له الخيار اذا اشترى سمكة رآها في الماء بحيث توخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في فن آخر ثم شرط الحرمة بالنظر او المس ان لا ينزل فان انزل فقال الاوزجندي غيره يثبت لان بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لا يوجب رفعها بعد الثبوت والمختار لا تثبت كقول المصنف وشمس الائمة والبزدوي بناء على ان الامر موقوف حال المس الى ظهور عاقبته ان ظهر انه لم ينزل حرمت والا فلا والاستدلال واضح في الكتاب الا ان اقامة السبب اذا نيط الحكم بالمسبب انما يكون لخفاء المسبب والا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة والاولى ادعا كون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد للنظر واللمس نظرا الى ان الآثار جاءت بالحرمة في اللمس ونحوه وقد روي في الغاية السمعانية حديث ام هانئ عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وفي الحديث ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وعن عمر رضي الله عنه انه جرد جارية ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال اما انها لا تحل لك وهذا ان تم كان دليل ابي يوسف في كون النظر الى منابت الشعر كافيا وعن ابن عمر قال اذا جامع الرجل المرأة او قبلها او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه امها وابنتها وعن مسروق انه قال بيعوا جاريتي هذه اما اني لم اصب منها الا ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة **قوله** لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وفي المبسوط لا تتزوج المرأة في عدة اختها من نكاح فاسد او جائز عن طلاق بائن وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن جاز وعلى هذا الخلاف تزوج اربع سوى المعتدة عن بائن وبقولنا قال مالك وبقولنا قال احمد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وذكر سليمان بن يسار عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي وروي هبة عن زيد بن ثابت ثم لان ابا يوسف وذكر في الاماني

حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رح ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

رجوع زيد رض عن هذا القول وكذا ذكره الطحاوي رح حكى ان مروان شاور الصحابة رض في هذا واتفقوا على التفريق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة ما اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على اربع قبل الظهر ثم ان محل النزاع تجاذبه اصلان الطلاق الرجعي ما بعد انقضاء العدة فقاس البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح اعمالا للقاطع وهو الطلاق البائن ويدل على انقطاعه انه لو وطيها عالما بالحرمة حد وقسنا على الاول بجامع قيام النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية وهذا لانه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي الا قيام احكامه الان لفظ تزوجت وزوجت تلاشا بجرد انقضائه فقيامه بعده ليس الا قيام حكمه الراجع الى الاختصاص استمتاعا وامساكا وقد بقي الامساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فبقي النكاح من وجه واذا كان قائما من وجه حرم تزوج اختها واربع سواها من وجه فتحرم مطلقا الحاقا بالرجعي او بما لا يحصى من الاصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم واباحة مع وجوب الاحتياط في امر الفروج ويخص تزوج الاخت في عدة الاخت دلالة النص المانع من الجمع بين الاختين فانه علل فيه بالقطيعة وهي هنا اظهر والزم فان مواصلتها لاختها في حال حبسها للاستمتاع اغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع فان الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففيه دليل على انه لو ادعى نسبه يثبت ويستلزم ان الوطي في عدة الثلث ليس زنا مستعقبا لوجوب الحد الا لم يثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد وان سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما سمعته وانما قلنا اثر النكاح قائم من وجه وبه تحرم الاخت من وجه وبه تحرم مطلقا وفي المجتبى جواز نكاح الاخت في عدة الاخت يؤدي الى جمع مائه في رحم اختين لجواز العلوق بعد النكاح وثبت في المعتدة النسب الى سنتين وهو ممتنع بالحديث انتهى يعني قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين ومثله لو علقها المطلقة قبل الطلاق ثم دخل باختها بعده يلزم ما ذكر ايضا فروع الاول اذا اخبر المطلق عن المطلقة انها اخبرته ان عدتها انقضت فان لم تحتمل المدة او لا يصح نكاحه اختها في الثاني لانه لا يقبل قولها ولا قوله الا ان يفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق وفي الاول يصح نكاح اختها سواء سكتت المخبر عنها او صدقته او كذبته او كانت غائبة وقال زفر اذا كذبته لا يصح نكاح اختها لانها امينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها اذا اتت به ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ولنا انه اخبر عن امر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع الا في حقها فقلنا ببقاء النفقة بخلاف نكاح الاخت لا حق لها فيه لا تقبل فيه فلا تقبل فيه ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم شرعا بقيام العدة والفراش كالاختين المملوكتين بخلاف ما اذا ولدت فان من ضرورة القضاء نسبة الحكم باستناد العلوق فيتيقن بكذبه ثم قال في الاصل هنا ان مات لم ترثه وكان الميراث للاخرى وذكر في كتاب الطلاق الميراث للاولى دون الاخرى ولكن وضع المسئلة هنا اذا كان مريضا حين قال اخبرتني ان عدتها انقضت وكذبته وانما تحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فاما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للاولى وان لم يخبر الزوج بها وفي كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها بما في نفسها وهناك وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في ابطال ارثها وصحة ان يقبوله ذلك اخبار الواقع عنه ... فكانه ابانها في صحته فلا ميراث لها ولو ابانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول ابي حنيفة لان عندهما يجوز جعل الرجعي بائنا خلافا لمحمد ومتى كان الميراث للاولى فلا ميراث

ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اى العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله

للثانية الثاني لو اعتق ام ولده لم يحل له تزوج اختها حتى تنقضي عدتها ويحل اربع سواها عنده وعندهما تحل الاخت ايضا قياسا على تزوج الاربع ولان حقيقة الملك لما لم تمنع فكيف بالعدة وانما هي اثره وابو حنيفة رح يفرق لضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده الا ترى انه كان يمكن من تزوجها قبله لا بعده فلو تزوج حتى تنقضي فلو تزوج اختها بعد العتق كان مستلحقا النسب لدى اختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الاربع سواها او في خامسة انه جمع بين فرش الخمس الثالث لزوج المرتدة او لحقت بدار الحرب تزوج اختها قبل انقضاء عدتها كما لو ماتت لانه لا عدة عليها من المسلم للتباين فان عادت مسلمة فاما بعد تزوج الاخت او قبله ففي الاول لا يفسد نكاح الاخت لعدم عود العدة وعند ابي يوسف تعود العدة وفي ابطال نكاح اختها عنه روايتان وفي الثاني لذلك عند ابي حنيفة رح لان العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد وعندهما ليس له تزوج الاخت وعودها مسلمة يصير شرعا لحاقها كالغيبة الا يرى انه يعاد اليها ما لها فتعود معتدة قوله

ولا يتزوج المولى امته ولو ملك بعضها ولا المرأة عبدها وان لم يملك سوى سهم واحد منه وقد حكى في شرح الكنز الاجماع على بطلانه وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية

قوله لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين اى في الملك عنها ما يختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل الا باذن ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن عن غيره ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركا كالاستمتاع مجامعة ومباشرة والولد في حق الاضافة والمملوكية تنافي المالكية فقد نافت لازم عقد النكاح ومنافي اللازم مناف للملزوم ولا وجه اذا تاملت بعد هذا التقرير للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لان الغرض ان لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من ملك الامور على الخصوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه ولو اشترت زوجها او شيئا منه فسد النكاح ويسقط المهر كما لو داين عبدا ثم اشتراه سقط الدين لانه لا يثبت للمولى على عبده دين ويجوز تزوج الكتابيات والاولى ان لا يفعل ولا ياكل ذبيحتهم الا للضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعي للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد على التخلق باخلاق اهل الكفر وعلى الرق بان تسبى وهي حبلى فيولد رقيقا وان كان مسلما والكتابي من يقر بنبي ويؤمن بكتاب والسامرية من اليهود اما من امن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم اهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال في المستصفى قالوا هذا يعني الحل اذا لم يعتقدوا المسيح الها اما اذا اعتقدوه فلا وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان لا ياكلوا ذبائح اهل الكتاب اذا اعتقدوا ان المسيح اله وان عزيرا اله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغي ان يجوز الاكل والتزوج انتهى وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الائمة في ذبيحة النصراني حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة او لا وموافق لاطلاق ما في الكتاب هنا والدليل وهو قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فسره بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذلك منع ابن عمر رض من تزويج الكتابية مطلقا لاندراجها في المشركة قال تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى ان قال سبحانه وتعالى عما يشركون قلنا وقد قيل ان القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لا كلهم مع ان مطلق لفظ المشرك اذا ذكر في لسان الشارع لا ينصرف الى اهل الكتاب وان صح لغة في طائفة بل طوائف واطلق لفظ الفعل اعني يشركون على فعلهم كما ان من راءى بعمله من المسلمين فلم يعمل الا لاجل زيد يصح في حقه انه مشرك لغة ولا يتبادر عند اطلاق الشارع لفظ المشرك ارادته لما عهد من ارادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين منفكين ونص على حلهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اى العفائف منهن وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد ان المعنى احل لكم المسلمات

من المؤمنات

ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن

من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان كن قد انقرضن فلا فائدة اذ لا يتصور الخطاب بحل الاموات للمخاطبين الاحياء وان كن احياء دخلن فى دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل ح معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين بل ويدخل فى المحصنات المعطوف عليه هو قوله والمحصنات من المومنات ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المومنات وهو بعيد فى عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف ثم المراد من ذكره بعث الانسان على التخير لنطفته الا يرى ان العفة ليست شرطا فى المومنات اتفاقا وان لم يدخلن فهو عين الدليل حيث ابيح الكتابيات الباقيات على ملتهن ولو سلم فهى منسوخة اعنى ولا تنكحوا المشركات نسخت فى حق اهل الكتاب المثلثين وغيرهم بآية المائدة وبقى من سواهم تحت المنع ذكره جماعة من اهل التفسير لان سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شئ قط على ان تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير ارادة لا لغة ويدل على الحل تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم ثمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر رض فقالوا نطلق يا امير المومنين وانما كان غضبه لمخالطة الكافرة وخوف الفتنة على الولد لانه فى صغره الزم لامه ومثله قول مالك انه يصير يشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع الا لعدم الحل الا ترى الى قولهم نطلق يا امير المومنين لم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف الى زمنه وخطب المغيرة هند ابنة النعمن بن المنذر وكانت تنصرت ودير ها باق الى اليوم بظاهر الكوفة وكانت قد عميت فابت وقالت اى رغبة لشيخ اعور فى عجوز عمياء ولكن اردت ان تفتخر بنكاحى فتقول تزوجت بنت النعمن بن المنذر فقال صدقت وانشا يقول ؎ ادركت ما منيت نفسى خاليا ✽ لله درك يا ابنة النعمان ✽ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ✽ ان الملوك ذكية الاذهان ✽ فى ابيات وكانت بعد ذلك تدخل عليه فيكرمها ويسالها عن حالها فقالت ؎ فبينا نسوس الناس والامر امرنا ✽ اذا نحن فيهم سوقة نتنصف ✽ فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ✽ تقلب تارات بنا وتصرف قولها نتنصف اى نتخدم والمنصف الخادم فاذا كان الامر على ما قررناه فلا جرم ان ذهب عامة المفسرين الى تفسير المحصنات بالعفائف ثم ليست العفة شرطا بل هو للعادة او للندب ان لا تتزوج غيرهن كما اشرنا اليه آنفا والائمة الاربعة على حل الكتابية الحرة واما الامة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتى بخلاف فيها قوله ولا يجوز تزوج المجوسيات عليه الاربعة ونقل الجواز عن داود وابى ثور ونقله اسحق فى تفسيره عن على رض بناء على انهم من اهل الكتاب فواقع ملكهم اخته ولم ينكر وعليه فاسرى بكتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشئ لانا نعنى بالمجوس عبدة النار فكانهم كان لهم كتاب ولا لا اثر له فان الحاصل انهم الآن داخلون فى المشركين وبهذا استغنى عن منع كونهم من اهل الكتاب بانه يخالف قوله تعالى انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا من غير تعقيب بانكار وعدهم المجوس يقتضى انهم ثلث طوائف وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان اخرجوا عن كونهم اهل كتاب يدل على اخراجهم الحديث المذكور وهو ما اخرجه عبد الرزاق وابن ابى شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن على ان النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم قال ابن القطان هو مرسل ومع ارساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء ورواه ابن سعد فى الطبقات من طريق ليس فيها عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر الى ان قال بان لا تنكح نساؤهم ولا توكل ذبائحهم وفى سنده الواقدى وروى مالك فى موطاه عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال ما ادرى ما اصنع فى امرهم فقال عبد الرحمن بن عوف اشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب انتهى وسياتى باتى ما فيه من الكلام فى باب الجزية ان شاء الله تعالى قوله ولا الوثنيات وهى بالاجماع والنص وتدخل فى الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التى استحسنوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وفى شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده لان اسم المشرك يتناولهم جميعا وقال الرستغفنى لا يجوز المناكحة بين اهل السنة والاعتزال والفضلى ولا من قال انا مومن ان شاء الله لانه كافر ومقتضاه منع مناكحة

ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم

الشافعية والحنابلة فيها كذلك لا تحل يجوز وقيل يتزوج منهم ولا يزوجهم بنته ولا يخفى ان من قال انا مومن ان شاء الله تعالى فانما يريد ايمان الموافاة [illegible] يتجوز عليه العبد لانه اخبار عن نفسه بفعل فى المستقبل او استصحابه اليه فيتعلق به قوله تعالى ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله وعلى هذا فيكون ان شاء الله شرطا لا كما يقال انه للتبرك وكيف كان لا يقتضى ذلك كفره غير انه عندنا خلاف الاولى لان تعويد النفس بالجزم فى مثله ليتصير ملكة خير من ادخال حالة التردد فى انه هل يكون مومنا عند الموافاة او لا واما المعتزلة فمقتضى الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير اهل القبلة وان وقع الزاما فى المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم العالم ونفى العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون واقول وكذا القول بالايجاب بالذات ونفى الاختيار فرع تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس بمعنى تزوج اليهودى نصرانية او مجوسية والمجوسى يهودية او نصرانية لانهم اهل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم فتجوز مناكحة بعضهم بعضا كاهل المذاهب من المسلمين فرع اجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار وطى المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الاطلاق فى سبايا العرب كاوطاس وغيرها وهن مشركات والمذهب عندنا وعند عامة اهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فاما ان يراد الوطى او كل منه بعين العقد بناء على انه مشترك فى سياق النفى او خاص فى الضم وهو ظاهر فى الامرين ويمكن كون سبايا اوطاس اسلمن **قوله** ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يومنون بدين نبى ويقرون بكتاب وان عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة بهذا فسرهم ابو حنيفة فبنى عليه الحل وفسراه بعبدة الكواكب فبنيا عليهم حرمته وقيل فيهم طائفتان وقيل فيهم غير ذلك لكنهم لو اتفق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم **قوله** وللمحرم والمحرمة ان يتزوجا حالة الاحرام وفيه خلاف الثلاثة وتزويج الولى المحرم موليته على هذا الخلاف تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح رواه الجماعة الا البخارى عن ابان بن عثمان بن عفان قال سمعت ابى عثمن يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح زاد مسلم وابو داود ولا يخطب وزاد ابن حبان فى صحيحه ولا يخطب عليه وفى موطا مالك عن داود بن الحصين ان ابا غطفان المرى ان اباه طريفا تزوج امراة وهو محرم فرد عمر بن الخطاب نكاحه ولنا ما رواه الائمة الستة فى كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رض قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو محرم فزاد البخارى وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف وله ايضا عنه ولم يصل سنده به قال تزوج النبى صلى الله عليه وسلم ميمونة فى عمرة القضاء واما عن يزيد بن الاصم انه تزوجها وهو حلال لم يقو قوة هذا فانه مما اتفق عليه الستة وحديث يزيد لم يخرجه البخارى ولا النسائى وايضا لا يقاوم بابن عباس رض حفظا واتقانا ولذا قال عمرو بن دينار للزهرى وما يدرى ابن الاصم اعرابى كذا وكذا لشئ قاله اتجعله مثل ابن عباس رض وما روى عن ابى رافع عنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى بها وهو حلال وكنت انا الرسول بينهما لم يخرج فى واحد من الصحيحين وان روى فى صحيح ابن حبان فلم يبلغ درجة الصحة ولذا لم يقل الترمذى فيه سوى حديث حسن قال ولا نعلم احدا اسنده غير حماد عن مطر وما روى عن ابن عباس رض انه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال فمنكر عنه لا يجوز النظر اليه بعد ما اشتهر بعد ان كاد ان يبلغ اليقين عنه فى خلافه وكذا بعد ان اخرج الطبرانى ذلك عارضه بان اخرجه عن ابن عباس رض من خمسة عشر طريقا انه تزوجها وهو محرم وفى لفظ وهما محرمان وقال هذا هو الصحيح وما اول به حديث ابن عباس رض بان المعنى وهو فى الحرم فانه يقال انجد اذا دخل ارض نجد واحرم اذا دخل ارض الحرم بعيد وما يبعده حديث البخارى تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال والحاصل انه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثى يزيد بن الاصم وابان بن عثمان وحديث ابن عباس اقوى منهما سندا فان رجحنا باعتباره كان الترجيح معنا ويعضده ما قال الطحاوى وروى ابو عوانة عن مغيرة بن ابى الضحى عن مسروق عن عائشة رض قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه

لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم **قال** ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رح

وهو محرم قال ونقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم انتهى وهذا الحديث اخرجه ايضا البزار قال السهيلي انما اردت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها وبقوة ضبط الرواة وفقههم فان الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وان تركنا ما تساقطا للتعارض وصرنا الى القياس فهو معنى لانه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع شيء من العقود بسبب الاحرام ولو حرم لكان غايته ان ينزل منزلة نفس الوطي واثره في افساد الحج لا في بطلان العقد نفسه وايضا لو لم يصح لبطل عقد المنكوحة سابقا لطرو الاحرام لان المنافي للعقد يستوي فيه الابتداء والبقاء كالطارئ على العقد وان رجحنا من حيث المتن كان معنى لان رواية ابن عباس رض نافية ورواية يزيد مثبتة لما عرف ان المثبت هو الذي يثبت امرا عارضا على الحالة الاصلية والحل الطارئ على الاحرام والنافي هو المبقيها لانه يبقى طرو طارئ ولا شك ان الاحرام اصل بالنسبة الى الحل الطارئ عليه ثم له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفيا من جنس ما يعرف بدليله فيعارض الاثبات ويرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم هذا بالنسبة الى الحل اللاحق واما على ارادة الحل السابق على الاحرام كما في بعض الروايات انه صلى الله عليه وسلم بعث ابا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل ان يحرم كذا في معرفة الصحابة للمستغفري فابن عباس مثبت ويزيد ناف ويرجح حديث ابن عباس رض انه المتن لترجح المثبت على النافي ولو عارضه ما لو كان نفي يزيد مما يعرف بدليله لان حالة الحل تعرف ايضا بالدليل وهي هيئة الحلال فالترجيح بما علمنا من قوة السند وفقه الراوي لا بذات المتن وان وفقنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزويج في حديث ابن الاصم على البناء بها مجازا بعلاقة السببية العادية ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم اما على نهي التحريم والنكاح للوطي والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطي والتذكير باعتبار الشخص اي لا تمكن المحرمة من الوطي زوجها والعجب ممن يضعف هذا الوجه بان التمكين من الوطي لا يسمى نكاحا مع ان اللازم الانكاح لا النكاح وان الاستبعاد باختلال عربية فليس بواقع لان غاية ما فيه دخول لا الناهية على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وان كان غيره اكثر وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التاويل او على نهي الكراهة جمعا بين الادلة وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود الانكحة لان ذلك يوجب شغل قلبه عن الاحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعات ويتضمن تنبيه النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لان المعنى المنوط به الكراهة وهو عليه الصلوة والسلام منزه عنه ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فينا وفيه كالوصال نهانا عنه وفعله فرع ويجوز تزويج الحر الامة مسلمة كانت او كتابية الخ قيد الحر غير مفيد لان الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية وكان الصواب بدله وعن مالك واحمد رح كقوله وعنهما كقولنا له قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات الآية استفيد منها عدة احكام عدم جواز نكاح الامة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز نكاح الامة مطلقا حين لا ضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الامة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما وعدم جواز الامة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في من فتياتكم المؤمنات وايضا اذا لم تجز الامة الا لضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق في حال الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدم الاطلاق المقتضي من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء واحل لكم ما وراء ذلكم فلا يخرج منه شيء الا بما يوجب التخصيص ولم ينتهض ما ذكر واحجة مخرجة اما اولا فالمفهومان اعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الاصول واما ثانيا فبتقدير الحجية مقتضى المفهومين عدم الاباحة الثابتة عند

لا يجوز تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية

وجود المبيح وعدم الاباحة الثابتة اعم من ثبوت الحرمة او الكراهة ولا دلالة للاعم على الاخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة اقل فتعينت فقلنا بها وبالكراهة صرح في البدائع واما التعليل عدم الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على اصول شتى او لتعيين احد فردي الاعم الذي هو عدم الاباحة وهو التحريم اذ بالاعم فان عنوا ان فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ولكن وجود الوصف ممنوع اذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق بل الوصفان من الحرية والرق يقارنان وجود الولد باعتبار امه ان كانت حرة فحر او رقيقة فرقيق وان ارادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لان يقارنه الرق في الوجود لا ارقاقه سلمنا وجوده ومنعنا تاثيره في الحرمة بل في الكراهة وهذا لانه كان له ان لا يحصل الولد اصلا بنكاح الآئسة ونحوها فلان يكون له ان يحصل رقيقا ابعد كونه مسلما اولى اذ المقصود بالذات من التناسل انما هو تكثير المقرين لله تعالى بالوحدانية والالوهية وما يجب ان يعترف له به وهذا ثابت بالولد المسلم الحر مع ذلك كما يرجح الكثير الى مرديوي وقد جاز للعبد ان يتزوج امتين بالاتفاق مع ان فيه تعريض الولد على الرق في موضع الاستغناء عن ذلك لعدم الضرورة وكون العبد لا اثر له في ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان ولده حرا والمانع انما يعقل كونه ذات الرق لانه هو الموجب للنقص الذي جاوره محرما لا مع قيد حرية الاب يوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم لو صح ذلك التعليل اعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج الامة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط ان لا تكون جارية ابنه اي ملكا لابن قال في خلاصتهم لو انه استولدها قبل النكاح صارت ام ولده فنزل ملكه لولده منزلة ملكه وعند لا ملك للاب من جهة اصلا فلا حرمة على الابن **قوله** ولا يتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة اخرج الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد ثنتان الحديث الى ان قال وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وفيه مظاهر بن اسلم ضعيف واخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تنكح الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قال فهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن ايضا مرسلا وكذا رواه ابن ابي شيبة عنه واخرج عبد الرزاق انا ابن جريج اخبرني ابو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة واخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه واخرج ابن ابي شيبة عن علي رضي الله عنه لا تنكح الامة على الحرة واخرج عن ابن مسعود نحوه واخرج ابن ابي شيبة ثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين تقوي الحديث المرسل لو لم نقل بحجيته فوجب قبوله ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وان اختلف طرق اضافتهم فان الثلاثة اضافوا الى مفهوم قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية وذلك ان تزوج الامة على الحرة تكون عند وجود طول الحرة فلا يجوز اتفاقا وقوله وهو حجة على الشافعي في اجازة ذلك للعبد يعني حجة عليه الا انا قمنا الدليل على جواز بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله ولانه يرى حجيته اذا اقترن باقوال الصحابة وهنا كذلك فانه قد حكيت ذلك عن علي وجابر على الاطلاق كما بينا وكذا يرى حجيته اذا افتى به جماعة من اهل العلم وهنا كذلك وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فانه قال وان لم يوجد ذلك يعني تعدد المخرج نظر الى بعض ما يروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا فان وجد ما يوافق ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على انه لم يرسل الا عن اصل يصح ان شاء الله وكذا ان وجد عوام من اهل العلم يفتون بمثل معنى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى وبه يخص قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم اذ قد اخرج منه ما قدمناه وفيه نظر فان اخراج المشركات المجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد وقياس

وقال الشافعي لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لإطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه وله أن لا يحصل الأصل فيكون له أن لا يحصل الوصف ولا يتزوج أمة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الأمة على الحرة وهو بإطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة ولأن للرق أثرا في تنصيف النعم على ما نقرره في الطلاق إن شاء الله فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الأمة ولأنها من المحللات في جميع الحالات إذ لا منصف في حقها فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لأن هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ولأبي حنيفة رحمه الله أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لأن المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها وللحر أن يتزوج أربعا من الحرائر والإماء وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج إلا أمة واحدة لأنه ضروري عنده

وما قيل إنه مخصوص منه الجمع بين الأختين فغلط لأن قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم إنما يتناول الجمع ليتحقق إخراجه لأنه بما قدم ذكره مع المحرمات ثم قال وأحل لكم ما وراء ذلكم أي ما وراء المذكورات فلم يتناوله أصلا وإذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فإخراجه يستدعي ثبتا ولم يثبت إذ إضافة إخراجه إلى تخصيص العلة التي ادعوا أنها مؤثرة لحرمة نكاح الأمة عند طول الحرة بغير العبد لم تثبت له وجه لما علمت أنه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها لأن المعقول تأثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة ووجود الطول قوله وعلى مالك رحمه الله في تجويزه ذلك برضى الحرة مالك يقول الحجة المرسل وأصح طريقه إلى التابعي لكنه علل بإغاظة الحرة بإدخال ناقصة الحال عليها فإذا رضيت انتفى ما لأجله المنع فيجوز وهذا الاستنباط معنى تخصيص النص فإن لم يكن منصوصا ولا مومى إليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه بعين النص لا بمعناه ثم بتقدير جواز ذلك فتعليله بما ظهر أثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر أثره في الطلاق والعدة والقسم أولى فيكون المنع باعتبار التعليل بالتنصيف في أحوال نكاح الأمة بيانه أن الحل الثابت في النكاح نعمة وتبين أن الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل على أنه تحليل بل نصف الحل أيضا وهو تنصيف القسم إذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها إلا أمكن فيظهر أن حكم هذا الحديث لإرادة تنصيف الأحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق وذلك أن لنكاحها حالتي الانضمام إلى نكاح حرة سابقة والانفراد عنها فالتنصيف إذ كان إمكان الحالتين قائما بصحيح نكاحها في حالة دون حالة وتصحيح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد والانضمام إلى أمة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام إلى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الأحكام من مناسبة ذلك ولا يبعد أن زيادة غيظ الحرة زيادة معتبر دخلا أيضا أما أصل غيظها فلا أثر له فإنه تحصل بإدخال الحرة أيضا وعلى هذا التقرير يندفع من الأصل ما يورد من أن الانضمام يصدق عليها إذا دخل الحرة أيضا على الأمة فيلزم أن يفسد نكاح الأمة بإدخال الحرة عليها ويجاب بأن الانضمام يقوم بالمتأخر لأنه المنضم إلى غيره ثم يتعلق بالمتقدم ومنهم من جعل منع إدخال الأمة بالنص على خلاف القياس وتعليل الكرخي أن بنكاح الحرة يثبت للنسل حق الحرية وحق الحرية لا يجوز إبطاله بعد ثبوته فأما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوج حرة وأمة في عقدة فيجتمع في الأمة محرم ومبيح فتحرم واعلم أن التعليل في الأصل إنما هو للقياس ويستدعي أصلا ملحقا به منصوصا أو مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة قوله فإن تزوج أمة على حرة الخ وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالبائن لأن في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الأمة اتفاقا وقولهما قول ابن أبي ليلى لأن المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالأخت في عدة الأخت بل المحرم إدخال حرة عليها بل تزوج الأمة على الحرة وهو منتف لا يقال تزوج عليها إذا تزوج وهي مبانة منه ولذا لو حلف على أن لا يتزوج على امرأته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث ولذا جاز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء شبهة ولأبي حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها يعد قائما من وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لأن الشبهة في المحرمات كالحقيقة احتياطا وأما جواز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل إنما هو لهما لا قوله ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه وأما مسئلة اليمين فإنما لا يحنث فيها للعلم بأن المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يدخل عليها شريكة في القسم ولأن العرف لا يسمى تزوجا عليها بعد الإبانة إلا إذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة قوله من الإماء والحرائر أي جمعا وتفريقا إلا أن في الجمع إنما يجوز إذا قدم الحرائر قوله وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك اتفق عليه الأئمة الأربعة وجمهور المسلمين إلا الخوارج فلهم أباحتا منهن وفي التتارخانية رجل له أربع نسوة وألف جارية أراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل يخاف عليه الكفر وقالوا

والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

اذ ظهر ان يتزوج كيلا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده ما جور او اجاز الروافض تسعا من الحرائر ونقل عن النخعي وابن ابي ليلى واجاز الخوارج ثماني عشرة وحكي عن بعض الناس اباحته اي عدد شاء بلا حصر وجه الاول انه بين العدد المحلل بمثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك تسع ووجه الثاني ان ذلك لان مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر وكان وجه الثالث العمومات من نحو فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ مثنى الى آخره لا قيد كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثا ولتخصيص الاولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا والاصل عدم الخصوصية الا بدليل والحجة عليهم ان الاحلال هنا وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء لم تسق الا لبيان العدد المحلل لا لبيان نفس الحل لانه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة فكان ذكرها هنا مقيدا بالعدد ليس الا لبيان قصر الحل عليه او هي لبيان الحل المقيد بالعدد لا مطلقا كيف وهو حال مما طاب فيكون قيدا في العامل وهو الاحلال المفهوم من فانكحوا ثم ان مثنى معدول عن عدد مكرر ولا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا الى ما لا يقف وكذا ثلث في ثلثة ثلثة ومثله رباع في اربعة اربعة فمؤدى التركيب على هذا ما طاب لكم ثنتين ثنتين جمعا في العقد او على التفريق وثلثا ثلثا جمعا او تفريقا واربعا اربعا كذلك ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا وانتهى الحل الى الاربع مخيرا فيهن بين الجمع والتفريق واما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الآية بحل النكاح لان اقل ما يتصور بالواحدة فحاصل الحال ان حل الواحدة كان معلوما وهذه الآية لبيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وبه تم جواب التمسكين او نقول عرف حل الواحدة بقوله فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة فكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محللا عند عدم خوف الجور ثم افاد ان عند خوفه يقتصر الحل على واحدة وانما لم يعطف فيقال او ثلث او رباع لانه لو ذكر باو لكان الاحلال مقتصرا على ان هذه الاعداد وليس مرادا بل المراد ان لهم ان حصلوا هذه الاعداد ان شاؤوا بطريق التثنية وان شاؤوا بطريق التثليث وان شاؤوا بطريق التربيع فانتفى بذلك صحة التسع والثماني عشرة ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخير منهن اربعا والمراد من قوله والتنصيص على العدد يمنع الزيادة العدد المذكور يعني التنصيص على هذا العدد فكان اللام للعهد الذكري او الحضوري وانما كان هذا التنصيص يمنع الزيادة وان كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حيث الحق بها اليمين والنذر لوقوعه حالا قيدا في الاحلال على ما قررناه به يندفع الاعتراض بانه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا والحاصل انه قد يمتنع معه الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلوة وقد لا وهو كالنحو سبعين مرة في قوله تعالى استغفر لهم الآية وقد تمتنع الزيادة كما ذكرنا او النقص فقط كاقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل الخارج فمنع الزيادة هنا للتقييد والحل في كل موضع لطالب السبب

قوله والحجة عليه ما تلوناه وهو عموم ما طاب لكم من النساء مقتصرا على العدد المذكور وقوله اذ الامة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة والا فالمنكوحة لا تنافي الامة مع ان المراد هنا بالامة ليس الا الامة المنكوحة وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة واعترض بان المراد الاستدلال بجواز تزوج الاماء اكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك وعلى ما قال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح فكان ينبغي ان لا يذكر المنكوحة اصلا والعناية به ان يراد المنكوحة بالقوة اي التي يريد ان ينكحها ينتظمها الخ قوله لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لان الصبي لا يوقع الفرقة بين الصبي وزوجته فعلم انه لا يملك الا من حيث هو مال وبدليل انه يملك الاصل النكاح بالاذن فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه وجواب الاول ان الصبي احد اسباب ملك الرقبة فمحله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة وجواب الثاني ان ملك اصل الشيء لا يمنع التنصيف اذا تحقق بوجه كالامة تملك طلب اصل الوطي من زوجها وينتصف قسمها قوله ولنا ان الرق منصف توضيح مراده ان الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى ان للمراة المطالبة بالاستمتاع وقد نصف الرق

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل

للمراة مالها من ذلك الحل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وامة يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلما انتصف رقها مالها وجب ان ينتصف رقه ماله وللحر تزوج اربع وللعبد ثنتان ينبغي ان يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين في الاحرار والعبيد كما استدل به المصنف على الشافعي في اطلاق الزائد على الامة نظرا الى العموم في الحراير والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الاحرار **قوله** فان تزوج حبلى من زنى من غيره جاز النكاح خلافا لابي يوسف وقول الشافعي رح كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول ابي يوسف اما لو كان الحبل من زنى منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملا من زنى منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطيها عند الكل واذا جاز في الحامل فيه عندهما ولا يطؤها هل تستحق النفقة ذكر التمرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول اوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان عذرها سماوي وهذا يضاف الى فعلها الزنى وعن محمد كقول ابي يوسف وكما لا يباح وطيها لا يباح دواعيه وقيل لا باس لوطيها ونقل عن الشافعي كانه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطيها في الحال مع احتمال العلوق فعلم ان العلوق من الزنى لا يمنع الوطي والاولى مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لان الفرق بين المحقق والموهوم في اشتغال الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرء يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن **قوله** ان الامتناع في الاصل يعني ثابت النسب حاصله قياس الحامل من الزنى على الحامل بثابت النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليهما فيعين علة الاصل كون حملها محترما فيمنع ورود الملك على محله وهذا كذلك بدليل انه لا يجوز اسقاطه وانه لا جناية منه فيمنع الملك واستدل المصنف رح بعموم واحل لكم ما وراء ذلكم وحين علم انه يرد من قبل ابي يوسف ان هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج الى منع علته فقال لا نسلم ان علة المنع في الاصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي منتفية في الفرع اذ لا حرمة للزاني ومنهم من يزيد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام وقد يراد ايضا فيقال فيصان عن سقيه ولما لم يجز الوطي بحرمة السقي لم يصح العقد لان كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح وهي زيادة توجب النقض انما يحتاج اليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطي ولم نقل به فيقال ان قلت لا يترتب مطلقا منعناه او في الحال فقط منعنا اقتضاءه البطلان والا لم يصح نكاح الحائض والنفساء الا ان ابا يوسف رح يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بانه لو كان لحقه لجاز باذنه فالاولى تعليل المنع في الاصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المؤمنات وهو منتف في الحبلى من الزنا وقد يقال ان هذا الدفع مبناه تخيل ان حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق وليس كذلك فان معنى حرمته ان الشارع اثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه ما دام قائما وحرمته لا تسقط باذنه في العقد الا ان هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح واما على ظاهر المذهب فلا فالمطرد ما ذكرنا وعلى ما هو رواية الحسن انسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء ثم اعلم ان في سنن ابي داود عن رجل من الانصار يقال له نضرة بن اكثم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تزوجت امراة على انها بكر في سترها فدخلت عليها فاذا هي حبلى فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها والولد عبد لك وفرق بيننا وقال اذا وضعت فحدوها وهي ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنى لقوله ففرق بيننا الا ان يحمل على تفريق الابدان فقط بان منعه من الخلوة بها الى ان تلد مع ان فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا الا ان يحمل على ارادة انه

لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل **قال** ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا احب له ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء

يصير بجانب وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو اولى لاستبعاد ارادة جعل الولد عبدا يبيعه الزوج بالنسبة الى مقابلة لقلة نظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة ارادة التفريق عن المخالطة لا في العقد وهذا لان الظاهر انه انما يكون بحيث يجذبه من غير ملك فيه اذا كان مع امه عنده وهذا كله اذا ثبت الحديث **قوله** فالنكاح باطل وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع **قوله** لانها فراش لمولاها الثبوت هذا الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا اتت به فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء **قوله** الا انه غير متاكد الخ جواب عما قد يقال لو كانت فراشا لم تجز تزويجها وهي حائل كما لا يجوز وهي حامل فاجاب بان فراشها غير متاكد ويتاكد بانضمام الحبل بها منه فان الحبل مانع في الجملة وكذا الفراش فيقع التاكد باجتماعهما فينتهض سببا للمنع للجمع بخلاف حالة عدمه واستدل على عدم تاكده بانتفاء نسب ولدها بالنفي من غير لعان فظهر ان المانع ليس مطلقا بل المتاكد منه اما بنفسه وهو فراش المنكوحة او بالحبل قالوا الفراش ثلاثة قوي وهي المنكوحة فلا ينتفي ولدها الا باللعان ومتوسط وهو فراش ام الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وضعيف لا يثبت نسب الولد منه الا بدعوة وهو فراش الامة التي لم يثبت لها امومية الولد والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية تصريحه ان الامة ليست بفراش اصلا على ما ذكره في المسئلة التي تلي هذه وعلله بعدم صدق حد الفراش عليها بقوله فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة فيلزم اما انحصاره في الفراش القوي والضعيف واما اعتبار الفراش الثلاثة في ام الولد والمنكوحة فام الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها والحامل متوسط لشروع من التاكد فيمتنع وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الاوجه واورد اذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي ان يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة فان السبب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الامة جاءت باولاد ثلاثة فادعى المولى اكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم اجيب بان النفي دلالة انما يعمل اذا لم يكن صريح بخلافه وهنا كذلك اذ صورة المسئلة ان الحمل منه حيث قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية وعلى هذا لو زوج ام ولده وهي حامل قبل ان يعترف بالحمل لبعد العلم به ينبغي ان يجوز النكاح ويكون نفيا **قوله** ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها هذا التعليل للجواز بنفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيها بعينها فلذا لا يقتضي ان وجود الفراش مطلقا يمنع والا لمنع في ام الولد الحائل لان علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه او بالتاكيد لا مطلق الفراش ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لانها جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة **قوله** الا ان عليه ان يستبرئها اي بطريق الاستحباب لا الحتم وليس استبراء المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المص وصرح الولوالجي بالاستحباب **قوله** واذا جاز يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى فان خلاف محمد رح في استبراء الزوج انما هو فيه ولذا قال الفقيه ابو الليث رح في قول محمد لا احب له اي للزوج ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمال الشغل بماء المولى هذا الخلاف فيما اذا زوجها المولى قبل ان يستبرئها فلو استبرأها قبل ان يزوجها جاز وطئ الزوج بلا استبراء اتفاقا وقد روي وفق بعض المشايخ بان محمدا رح نفى الاستحباب وهما اثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهم على الاستحباب ولا نزاع فان لفظه في الجامع محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ جارية ثم زوجها فان للزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها وقال محمد احب ان لا يطأها حتى يستبرئها انتهى وليس فيه استبراء المولى اصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قبل قوله تفسير لقول ابي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصحح قول المص لا يوم بالاستبراء الا استحبابا ولا وجوبا بخلافه ثم القياس المذكور لمحمد انما مقتضاه وجوب الاستبراء فان الاصل قياسه الشراء وانما يتعدى بالقياس حكم الاصل وحكمه

ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

الاستبراء بل كان المؤاخذ من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب وغاية الامر ان قوله احب ظاهر في الاستحباب ودليله يوجب ان مراده الوجوب فاعتباره اولى لان الاستدلال بما لا يطابق الدعوى بعد من اطلاق احب ان يفعل كذا في واجب وكثيرا ما يطلق المتقدمون اكره كذا في التحريم وكراهة التحريم واجب مقابلة فجاز ان يطلق في مقابلة وهو الوجوب ثم لو اورد على محمد ره ان التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له ان يجيب بان ذلك في غير الفروج اما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلقا بالوجوب ومنه نفس اصل هذا القياس فان علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس لا توهم الشغل بماء الحلال واعتبار استحداث الملك علة انما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف وان كان الاستدلال من عند المصنف فهو المؤاخذ بعدم المطابقة **قوله** ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ اورد عليه انه ممنوع فان الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنى ومجموع ما ذكر فيه ثلثة اجوبة جواب صاحب النهاية بانه طرد لا نقض فان جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضي وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم الا ان الوطي هناك حرام لوجود الشغل حقيقة كيلا يسقي ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطي للحمل اما هنا لا حمل حقيقة فلو كان انما كان حكما وشرعا وكان جواز النكاح شرعا امارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا انه امارة الفراغ عن حمل ثابت النسب ونقول هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده واليه يرجع جواب صاحب النهاية اذا تاملت وهو الاولى اعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل اعتباره امارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة اما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا الفقيه ابو الليث قول محمد ره لانه احوط هذا وعند زفر ره لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلث حيض بناء على اصله هو وجوب العدة للتزوج بعدم وطي ولو زنا **قوله** وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له وطيها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد ره لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها وعند زفر ره لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلث حيض لما قلنا عنه وقيل يكفي حيضة **قوله** والمعنى اي في حل وطي الزانية اذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد ره بعده ما ذكرنا لهما من ان الصحة امارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب وعند محمد الوطي يوجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشتراة **قوله** ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة خالية من الموانع اتمتع بك كذا عشرة ايام مثلا او يقول ايا ما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام او لم يذكر اياما بكذا من المال قال شيخ الاسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت ان يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة اتمتع واستمتع انتهى يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفي الموقت الشهود وتعيينها ولا شك انه لا دليل لهؤلاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي اباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة م ت ع للقطع من الآثار بان المتحقق ليس الا انه اذن لهم في المتعة وليس معنى هذا ان من باشر هذا المأذون فيه يتعين عليه ان يخاطبها بلفظ اتمتع ونحوه لما عرف من ان اللفظ انما يطلق ويراد معناه فاذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا اتمتع بك بل اوجدوا معنى هذا اللفظ ومعناه المشهور ان يوجد عقدا على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل الى مدة معينة ينتهي العقد بانتهائها او غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك الى ان انصرف عنك فلا عقد والحاصل ان معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت ايضا فيكون النكاح الموقت من افراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود وما يفيد ذلك من الالفاظ التي تفيد التواضع مع المرأة على هذا المعنى ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد من

وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رض وابن
عباس رض صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام

باشر بها من الصحابة بلفظ تمتعت بك ونحوه والله اعلم **قوله** وقال مالك وهو جائز نسبته الى مالك غلط وقوله لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر النسخ بها
يتمسك من يقول بها كابن عباس رض قلنا قد ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم هذه عبارة المصنف وليست الباء سببية فيها فان المختار ان الاجماع
لا يكون ناسخا اللهم الا ان يقدر محذوف اي بسبب العلم باجماعهم اي لما عرف اجماعهم على المنع علم انه نسخ بدليل النسخ او هي للمصاحبة اي لما ثبت
اجماعهم على المنع علم معه النسخ واما دليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح وفي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم حرمها
يوم خيبر والتوفيق انها مرتين قيل ثلاثة اشياء نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلوة وقيل لا يحتاج الى الناسخ
لانه صلى الله عليه وسلم انما كان اباحها ثلاثة ايام فبانقضائها تنتهي الاباحة وذلك لما قال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها وهذا لا يفيد ان الاباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة ايام
ولذا قال ثم نهى عنها وهو يشبه ما اخرجه مسلم عن سبرة بن معبد الجهني قال اذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت انا ورجل الى امرأة
من بني عامر كانها بكرة عيطاء فعرضنا انفسنا عليها فقالت ما تعطيني فقلت ردائي وقال صاحبي ردائي وكان رداء صاحبي اجود من ردائي وكنت اشب فاذا نظرت
الى رداء صاحبي اعجبها واذا نظرت الي اعجبتها ثم قالت انت ورداؤك يكفيني فمكثت معها ثلاثا ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان عنده شيء من هذه النساء
فليخل سبيلها فهذا اشبه من حيث انه انما يدل على ان الاباحة اقامت ثلاثا الا انها تعلقت مقيدة بالثلاث فلا بد من الناسخ وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم
كنت اذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيمة والاحاديث في ذلك كثيرة شهيرة واما ظاهر الالفاظ التي تعطي الاجماع فما اخرجه الحازمي
بسنده الى جابر خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غزوة تبوك حتى اذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءت نسوة فذكرنا تمتعنا وهن يطفن في
رحالنا فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر اليهن وقال من هؤلاء النسوة فقلنا يا رسول الله نسوة تمتعنا بهن قال فغضب رسول الله صلى الله
عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه وقام فينا خطيبا فحمد الله واثنى عليه ثم نهى عن المتعة فتوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود
اليها ابدا وابن عباس رض صح رجوعه بعد ما اشتهرت عنه من اباحتها ثم ذكر من رجوعه ان عليا رض قال له انك رجل تائه ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن متعة النساء وفي صحيح مسلم ان عليا رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال مهلا يا ابن عباس فاني سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك فيدل على انه لم يرجع حين
قال له علي ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير ان عبد الله بن الزبير رض قام بمكة فقال ان ناسا اعمى الله قلوبهم كما اعمى ابصارهم يفتون بالمتعة
يعرض برجل فناداه فقال انك لجلف جاف فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد امام المتقين يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ابن الزبير
فجرب بنفسك والله ان فعلتها لارجمنك باحجارك الحديث ورواه النسائي ايضا ولا تردد في ان ابن عباس هو الرجل المعرض به وكان رضي الله عنه
قد كف بصره فلذا قال ابن الزبير رض كما اعمى ابصارهم وهذا انما كان في حال خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي رض فقد ثبت انه مستمر القول
على جوازها لم يرجع الى قول علي رض فالاولى ان يحكم بانه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه وقد ظهر ان لا متمسك له به وكان الاولى ان يجيب المصنف
وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات لانها عصبة في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت لاهلها الا ان اقارب
الاب مقدمون **فرع** واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات الى هنا قال انما كانت المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج

وقال زفر رحمه الله هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئه حتى إذا نزلت الآية إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام انتهى. فهذا يحمل على أنه اطلع على أن الأمر إنما كان على هذا الوجه فرجع إليه وحكاه وقد حكي عنه أنه إنما أباحها حالة الاضطرار والعنت في الأسفار وأسند الحازمي من طريق الخطابي إلى المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعراء قال وما قالوا قلت قالوا قد قلت للشيخ لما طال مجلسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس هل لك في رخصة الأطراف آنسة تكون مثواك حتى يصدر الناس فقال سبحان الله ما بهذا أفتيت وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل إلا للمضطر انتهى ولهذا قال الحازمي إنه صلى الله عليه وسلم لم يكن أباحها لهم وهم في بيوتهم وأوطانهم وإنما أباحها لهم في أوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنيه في حجة الوداع وكان تحريم تأبيد لا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة **قوله** وقال زفر رحمه الله هو جائز يعني النكاح الموقت هو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطل هي ويصح النكاح فصار كما إذا تزوجها على أن يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط أما لو تزوج وفي نيته أن يطلقها بعد مدة نواها فلا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يكون عندها نهارا دون الليل **قوله** ولنا أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولذا لو قال جعلتك وكيلا بعد موتي انعقد وصية أو جعلتك وصيا في حياتي انعقد وكالة ولو أعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا أو لرب المال كان بضاعة ولا يخفى أن على ما حققناه يكون الموقت من نفس النكاح المتعة فلا يحتاج إلى تعيين إبداء الناسخ في دفع قول زفر هذا ومقتضى النظر أن يترجح قوله لأن غاية الأمر أن يكون الموقت متعة وهو منسوخ لكن المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة ويتلاشى وأنا لا أقول به كذلك وإنما أقول ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت وهو أثر النسخ وأقرب نظير إلى هذا نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجلان كل موليته الآخر على أن يكون بضع كل موليته مهر موليته في المولية الأخرى صح النهي عنه وقلنا إذا عقد كذلك صح موجبا مهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لأنا لم نقل بذلك موجبا للبضعين مهرين بل على إلغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النهي فقول زفر مثل هذا سواء وأما قياسه على ما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر فيمكنه ترك أن صح عنه إلى أصول شتى مما اشترط فيه من النكاح بشرط مخالف لمقتضى العقد إذا كان غير صحيح من حيث إنه إنما عقده مؤبدا ولذا إذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر إلى أن يطلقها فإن قيل فلو عقد بلفظ المتعة وأراد النكاح الصحيح المؤبد ينعقد أولا وإذا لم ينعقد بل يكون من أفراد المتعة فالجواب لا ينعقد به النكاح لأن قصد به النكاح وحضرة الشهود وليس من نكاح المتعة لأنه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد وإنما كان كذلك لأنه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من أنه لا يفيد ملك المتعة كالإحلال قال فإن من أحل لغيره طعاما أو أذن له أن يتمتع به لا يملكه وإنما يتلفه على ملك المبيح فكذلك إذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك انتهى يعني انتفى طريق المجاز الذي بيناه في أول كتاب النكاح والله سبحانه أعلم **قوله** ولا فرق بين ما إذا طالت المدة أو قصرت نفي لرواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنهما إذا سميا مدة لا يعيشان إليها صح لتأبيده معنى قلنا ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت وقوله لأنه المعين لجهة المتعة يؤيد ما قلناه هذا وإذا انساق الكلام إلى أن الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل تبطل هو فناسب أن يقترن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح فإذا تزوج على أنه بالخيار أو هي صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على أن شرط الخيار كالهزل لأن الهازل قاصد للسبب غير راض بحكمه أبدا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص فإذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقد أسلفنا تخريجه فشرط الخيار أولى أن لا يمنع

ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحدهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احدهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل

واذا لم يتسع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطاً فاسداً فيبطل واما خيار الرؤية فحقيقته لا يتوقف على اشتراطه في موضع يثبت كالبيع بل اذا اشترى ما لم يره يثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية اجماعاً فلا يتصور ثبوته فيه ولو فرض اشتراط خيار الفسخ اذا رآها كان شرطاً فاسداً فيبطل واما خيار العيب فلا يثبت لاحدهما في الآخر اذا وجده معيباً ببرص او رتق او قرن او جنون او عقل او مرض فالج او غيره اياً كان عند ابي حنيفة وابي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما يأتي في بابه خلافاً للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ولمحمد في الثلاثة الاخيرة اذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ لنا ما عنه صلى الله عليه وسلم انه للتي تزوجها فوجد بكشحها بياضاً الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق بل لا يبعد عده من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء فعرف انه لا فسخ عن عيب وحجتنا ايضاً قول ابن مسعود رضي الله عنه لا ترد الحرة عن عيب وعن علي رضي الله عنه قال اذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم ان شاء طلق وان شاء امسك والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن عمر انه اثبت الخيار وحمله على خيار الطلاق بعيد فان ذلك ثابت لا يحتاج الى نقل اثبات عمر اياه وقول محمد رحمه الله فيما يظهر فان ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما افادته هذه الدلائل انما هو في تخلص الرجل فاما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة الى التخلص ومأمورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد والكلام في المسئلة طويل الذيل في المبسوط وغيره ويحتمل اطلالاً لسنا بصدده اذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة وكذا لو شرط احد الزوجين على الآخر السلامة من تلك العيوب او من العمى والشلل والزمانة او شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار في الفسخ ومن هذا وكثيراً ما يقع لو تزوجها بشرط انها بكر فاذا هي ثيب لا خيار له بل ان شاء طلق ويثبت احكام الطلاق قبل الدخول او بعده **قوله** ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحدهما لا تحل له لرضاع او قرابة محرمة صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لان قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله وهنا المبطل يخص المحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **قوله** ثم جميع المسمى للتي تحل نكاحها عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما كان يكون المسمى الفاً ومهر مثل المحرمة الفان والمحللة الف فيلزم ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الاصل ان لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ والالف كلها للمحللة قال في المبسوط وهو الاصح على قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الزيادات فهو قولهما ان لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف ولو كان صح نكاحها انقسمت الالف على مهر مثليهما اتفاقاً **قوله** وهي مسئلة الاصل مثل هذا اللفظ يقصد به الاحالة على ذلك الكتاب لتتميم متعلقات المسئلة منه وحاصل المذكور لهما فيه ان المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما وكلما قوبل لشيئين لم يسلما فاللازم حصة السالم بيان تقرير الكبرى شرعاً ما لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما مدبر او خاطب امرأتين بالنكاح بالف فاجابت احدهما دون الاخرى بل ما نحن فيه اولى فان المحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يحد لو وطئها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل وله منع كلية الكبرى بل المضموم الى المحللة اما محل او لا ففي الاول ينقسم وفي الثاني لا كما لو ضم جداراً او حماراً فان الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك فان حكم النكاح الحل والمحرمة ليست محله فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية وسقوط الحد عنده في وطئ المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد وسنبين وجهه ان شاء الله تعالى في كتاب الحدود ولا من حكم الانعقاد والانقسام من حكم الانعقاد والانقسام في المخاطبتين للاستواء في الايجاب للمحلية فانهما لو اجابتا صح نكاحهما

ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

معاً فانقسم عليهما وهذا وقد ادعى ان ما في الزيادات من انه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا يتجاوز حصتها من الالف قول ابي حنيفة رح فاستشكل بانه فرع دخولها في العقد ودفع بانه قولهما لا قوله في الاصح وقوله يجب مهر مثلها بالغا ما بلغ وبتقدير التسليم فالمنع من المجاوزة للحجر التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد فاما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد فالتي لا تحل هي المختصة بكل فالكل لها وقد يورد ايضا على قوله ان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ ان عدم الدخول في العقد يقتضي اجنبيتها عنه فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد ويجاب بان وجوبه بالقدر الذي وجب به درء الحد وهو صورة العقد ويورد على قولهما ايضا كيف وجب لها حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب الحد لا يجتمع الحد والمهر ولا مخلص الا بتخصيصها الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة الحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد قوله ومن ادعت عليه امرأة لقب المسئلة ان القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند ابي حنيفة رح ظاهرا وباطنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاء العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة او هي ادعت النكاح او الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا وقضى بالنكاح والطلاق نفذ ظاهرا فيطالب المرأة في الحكم بالقسم والوطي والنفقة وباطنا فيحل له وطيها وان علم حقيقة الحال لها تمكينه وقولنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاؤه يخرج ما اذا كانت معتدة الغير او مطلقة الثلاث فادعى انه تزوجها بعد زوج ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على انشاء العقد فيه اما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطنا روايتان اذا ادعيا كذبا وجه المانعة ان القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول ابي حنيفة هو قول ابي يوسف رح الاول وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطنا فلا يسعه ان يطأها اذا ادعى كذبا واذا كان مدعى عليه يطلبها وهو قول الشافعي رح وكما لا تحل للثاني لا تحل للاول فيما اذا ادعت الطلاق الثلث كذبا فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند ابي حنيفة رح تحل للثاني لا للاول لان القاضي يملك التطليق على الغير احيانا بخلاف المعتدة واختيها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بان ادعى احد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذبا وبرهن وكذا ففسخ القاضي ينفسخ البيع وحل للبائع وطيها لو كانت امة وكذا لو ادعى بيع الامة منه ولم يكن باعه فيقضي بها للمدعي المشتري حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب وجه قولهما في الكتاب ظاهر وايضا القضاء اما امضاء لعقد سابق او انشاء لا يصح الاول لعدم سابق ولا الثاني لانه لا ايجاب ولا قبول ولا شهود ولابي حنيفة ان القاضي مامور بما في وسعه وليس في وسعه الا القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد ان القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم ما ذكر النفاذ باطنا اذ القدر الذي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطنا اذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ فافاد اختيار شق ترديدهما وهو انه انشاء المعنى انه يثبت انشاء اقتضاء للعقد بتقدمه عليه وافاد بذلك جوابها عما ابطلا به هذا الشق من عدم الايجاب والقبول والشهود فان ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها اذا كانت قصديات على ان كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود القضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو اوجه ولو انهما ابطلا هذا الشق لعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك ولما كان المقتضي ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء الى تقديم الانشاء الا اذا افتقرت صحته الى نفاذه باطنا وليس بمفتقر اليه لثبوته مع انتفائه في الاملاك المرسلة حيث يصح ظاهرا لا باطنا افاد قوله قطعا للمنازعة يعني ان المقصود من القضاء قطع المنازعة ولا ينقطع فيما نحن فيه الا بتنفيذه باطنا اذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطي او طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الانشاء فكان القاضي قال زوجتكها وقضيت بذلك كقوله هو حر في جواب اعتق عبدك عني بالف حيث يتضمن البيع وذكر الشيخ اكمل الدين

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رح ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رح لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا

ان بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر وقال يمكن قطع المنازعة بان يطلقها قال فاجبته ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع او غيره لا عبرة بغيره والمشروع يستلزم المطلوب اذ لا يتحقق الا في نكاح صحيح قال شيخنا سراج الدين ليس بجواب صحيح اذ له ان يريد بالطلاق غير المشروع وكونه لا عبرة به في كونه طلاقا صحيحا لا يضر اذ قد ثبت بذلك ان قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطنا فلا يجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو ان يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ بالمناح لانه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر انه لم ينحصر والحق ان قطع المنازعة ينتهض سببا للتنفيذ باطنا فيما اذا كان هو المدعي لانها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما اذا كانت هي المدعية لما ذكر ففيه قصور عن صور المدعى وهو النفاذ باطنا في العقود والفسوخ والذي روي عن محمد عن علي رضي الله عنه ان رجلا اقام بينة على امرأة انها زوجته بين يدي علي رضي الله عنه فقضى على بذلك فقالت المرأة ان لم يكن لي منه بد يا امير المؤمنين فزوجني اياه فقال شاهداك زوجاك يخص ما اذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ باطنا فانه لم ينعقد باطنا لا يحل لها لما طلبت الحقيقة التي عندها والاوجه ان يراد بالمنازعة في قولهم قطعا للمنازعة اللجاج المؤدي الى الضرر اعم من كونه عند القاضي او لا فتناول ما اذا الح الاول في طلبها باطنا بان ثبتها القصد جماعها كرها او باسترضائها وذلك لتمكنه بحقيقة الحال او الحل الباطل وفي هذا بعد كونه ينشأ مفسدة التقاتل والسفك لكونه عرضت له باطلاع الزوج فيجب عليه منع اجتماع زوجين على امرأة احدهما سرا والآخر جهرا او كل من الامرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على الوجه الذي ذكرناه من الائمة الا بالحكم بالنفاذ باطنا وثبوت الحرمة في نفس الامر بفسخ القاضي فعم الصور ثم على المبتدي بالدعوى الباطلة واثباتها بالطريق الباطل اثم يا له من اثم غير ان الوطء بعد ذلك حل وقول ابي حنيفة اوجه وقد استدل على اصل المسئلة بدلالة الاجماع على ان من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن فقضي به حل للبائع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع انه يمكنه التخلص بالعتق وان كان فيه اتلاف ماله فانه ابتلي بامرين فعليه ان يختار اهونهما وذلك ما يسلم له فيه دينه قوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن تعيين سبب الملك بان ادعى الملك في هذا الشيء ولم يعين سببا فان القضاء به قضاء بالملك ليس غير لتزاحم الاسباب اي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون البعض اذ لم تقم حجة بخصوصه بخلاف ما عين السبب فيه فوقعت الشهادة على تعيينه والله سبحانه اعلم

باب الاولياء والاكفاء اولى الشرائط المتفق عليها الشرط المختلف فيه وهو عقد الولي والولي العاقل البالغ الوارث فخرج الصبي المعتوه والعبد والكافر على المسلمة والولاية في النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت او ثيبا وولاية اجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت او ثيبا وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة وتثبت الولاية باسباب اربعة بالقرابة والملك والولاء والامامة وافتتح الباب بالولاية العاقلة المندوبة نفيا لوجوبها لانه مهم لاشتهار الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الاصحاب فيه واختلافها وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات روايتان عن ابي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا الا انه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب ورواية الحسن عنه ان عقدت مع كفو جاز ومع غيره لا يصح واختيرت للفتوى لما ذكر من ان كم من واقع لا يرفع وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة ولكن كل قاض يعدل لو احسن الولي وعدل القاضي فقد يترك انفة للتردد على ابواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له وينبغي تقييد عدم الصحة المفتى به بما اذا كان لها اولياء احياء لان عدم الصحة انما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فانه قد يتقرر لما ذكرنا اما ما يرجع الى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفو على ما سياتي ان شاء الله تعالى في فصل الكفاءة وعن ابي يوسف ثلاث روايات لا تجوز مطلقا اذا كان لها ولي ثم رجع الى الجواز من الكفو لا من غيره ثم رجع الى الجواز مطلقا من الكفو وغيره وروايتان عن محمد ره انعقاده موقوفا على اجازة الولي ان اجازه نفذ والا بطل الا اذا كان كفوا وامتنع الولي يجدد القاضي العقد ولا يلتفت اليه ورواية رجوعه الى ظاهر

لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار

الرواية فتحصل ان الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفو وغيره وهذا على الوجه الذي ذكرناه عن ابي يوسف من ترتيب الروايات عنه هو ما ذكره السرخسي رحمه الله واما على ما ذكر الطحاوي رحمه الله من ان قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولي كذا الكرخي رحمه الله في مختصره حيث قال وقال ابو يوسف لا يجوز الا بولي وهو قوله الاخير فلا يرجح بعضهم قول الشيخين لانهما اقدم واعرف بمذهب اصحابنا لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي رحمه الله والتعويل عليه حيث قال عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف الى آخره وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلاثا نفسها بغير كفو ودخل بها لا تحل للاول قالوا ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة فان المحلل في الغالب يكون غير كفو واما لو باشر الولي عقد المحلل فانها تحل للاول اذا اجاز من غير الكفو على ظاهر المذهب فالاولى ان يفرق بينهما على ما نذكر في فصل الكفاءة ان شاء الله تعالى وقال الشارح رحمه الله لا ينعقد بعبارة النساء اصلا اصيلة كانت او وكيلة **قوله** لان النكاح شرع في الاستدلال لقول الشافعي ومالك رح وهو ان النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وتربيته ولا تحقق ذلك مع كل زوج والتفويض اليهن مخل بهذه المقاصد لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب حالهن فصارت الانوثة مظنة قصور الراي لما غلب على طبعهن بما ذكرنا فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الانوثة ولا يخفى انه قاصر عن عموم الدعوى فانها لو عقدت باذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم والوجه المذكور لا يشمله ونحن نمنع علية الانوثة ونهيها عن المباشرة كيلا تنسب الى الوقاحة بل العلة الصغر على ما سنبين والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ولا يناط الحكم بالانوثة اذ ليست ملزومة دائما ولا غالبا كما هو شان المظنة ومجرد الوقوع احيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولي رفعه وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه فوقوع المفسدة قليل وبتقديره بعد وقوعها قليل في قليل فانتفت المظنة وبقي انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها اختيار الازواج فلا تزوج ممن لا ترضاه ثم استشعر ان يورد عليه منع انه خالص حقها والا لم يطالب الولي به فاجاب انما يطالب به كيلا تنسب الى الوقاحة وهذا الكلام على التنزل فهو غير مفيد الا الوساوس وهو منتف فان له ادلة اخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الاولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه وانما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع وهو الانكاح وما في السنن عن عائشة رض قال صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل حسنه الترمذي وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي رواه ابو داود والترمذي وابن ماجة واحاديث اخر في ذلك والجواب اما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقته لا تمنعوهن ان ينكحن اذا اريد بالنكاح العقد هذا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم في اول الآية واذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن اي لا تمنعوهن حبسا بعد انقضاء العدة ان يتزوجن ويوافقها قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لانه حقيقة اسناد الفعل الى الفاعل واما الحديث المذكور وما معناه من الاحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا في كتاب الامثال لابي عبيد في امثال اكثم بن صيفي كل ذات بعل ستئيم يضرب لتحول الزمن باهله وانشد قول الاول افاطم اني هالك فتبيني ولا تجزعي كل النساء تئيم ووجه الاستدلال انه اثبت لكل منها ومن الولي حقا في ضمن قوله احق ومعلوم انه ليس للولي سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها احق منه به وبعد هذا اما ان يجري بين هذا الحديث وما رووا حكم المعارضة والترجيح او طريقة الجمع فعلى الاول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته بخلاف الحديثين فانهما اما ضعيفان

الازواج وانما يطالب الولی بالتزویج کیلا ینسب الی الوقاحة ثم فی ظاهر الروایة لا فرق بین الکفو وغیر الکفو

لکن للولی الاعتراض فی غیر الکفو وعن ابی حنیفة وابی یوسف انه لا یجوز فی غیر الکفو لانه کم من واقع لا یرفع ویروی رجوع محمد الی قولهما

وحدیث لا نکاح الا بولی مضطرب فی اسناده فی وصله وانقطاعه وارساله قال الترمذی ہذا حدیث فیه اختلاف فسمی جماعة منهم اسرائیل وشریک رووه عن ابی اسحق عن ابی بردة عن ابی موسی الاشعری عن النبی صلی اللہ علیه وسلم ورواه اسباط بن محمد وزید بن حباب عن یونس بن ابی اسحق عن ابی بردة عن ابی موسی ورواه ابو عبیدة الحداد عن یونس بن ابی اسحق عن ابی بردة ولم یذکر فیه عن ابی اسحق فقد اضطرب فی وصله وانقطاعه وقد روی شعبة وسفیان الثوری عن یونس بن ابی اسحق عن ابی بردة عن النبی صلی اللہ علیه وسلم وہذا اضطراب فی ارساله لان ابا بردة لم یره صلی اللہ علیه وسلم وشعبة وسفیان اضبط من کل من تقدم قال واسنده بعض اصحاب سفیان عن شعبة ولا یصح ثم اسند الی شعبة قال سمعت سفین الثوری یسال ابا اسحق سمعت ابا بردة یقول قال رسول اللہ صلی اللہ علیه وسلم لا نکاح الا بولی قال نعم ولا یخفی ان ہذا الکلام الزامی اما علی راینا فلا یضر الارسال وحدیث عائشة رض عن ابن جریج عن سلیمان بن موسی عن الزہری عن عروة عن عائشة رض وقد انکره الزہری قال الطحاوی ذکر ابن جریج انه سال عنه ابن شہاب فلم یعرفه حدثنا بذلک ابن ابی عمران ثنا یحیی بن معین عن ابن علیة عن ابن جریج بذلک واما حسان فبناء علی ان الاصح فی الاول وصله لان الوصل والرفع مقدمان علی الوقف والارسال عند التعارض علی الاصح وان کان شعبة وسفین احفظ من غیرہما لکن حکایة شعبة تفید انہما سمعاه من ابی اسحق فی مجلس واحد ظاہرا وغیرہما سمعوه منه فی مجالس وفی الثانی ان الثقة قد ینسی الحدیث ولا یعد قادحا فی صحته بعد عدالة من روی عنه وثقته ولذلک نظائر اشہرہا ما روی ان ربیعة ذکر لسہیل بن ابی صالح حدیثا فانکره فقال له ربیعة انت حدثتنی به عن ابیک فکان سہیل یقول بعد ذلک حدثنی ربیعة عنی اللہم الا ان یقال ہذا فی عدم التکذیب اما اذا کذبه بان یقول ما رویت ذلک فنصوا فی الاصول علی رده وفی حکایة ابن جریج ایماء الی ذلک فی روایة ابن عدی فی الکامل ایاہا فی ترجمة سلیمن بن موسی حیث قال قال ابن جریج فلقیت الزہری فسالته عن ہذا الحدیث فلم یعرفه فقلت له ان سلیمن بن موسی حدثنا به عنک قال فاثنی علی سلیمن خیرا وقال اخشی ان یکون وہم علی قلت فہذا اللفظ فی عرف المتکلمین من اہل العلم یفید معنی نفیه بلفظ النفی واما ما ضعفه به من ان عائشة رضی اللہ عنہا راویة عملت بخلافه علی ما فی الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابیه عن عائشة رض انہا زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبیر وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلی یفتات علیه فی بنا فکلمت عائشة رض المنذر بن الزبیر فقال ان ذلک بید عبد الرحمن فقال عبد الرحمن ما کنت لارد امرا قضیته فاستقرت حفصة عند المنذر ولم یکن ذلک طلاقا فاول علی معنی انہا اذنت فی التزویج ومہدت اسبابه فلما لم یبق الا العقد اشارت الی من یلی امرہا عند غیبة ابیہا ان یعقد یدل علی ذلک ما روی عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابیه قال کانت عائشة رض تخطب الیہا المراة من اہلہا فتشہد فاذا بقیت عقدة النکاح قالت لبعض اہلہا زوج فان المراة لا تلی عقد النکاح وفی لفظ فان النساء لا ینکحن اسنده البیہقی عنه وعلی کلا التقدیرین فالتقدمة للصحیح وہو ما رواه مسلم وابو داود والترمذی والنسائی ومالک فی الموطا وہو ما استدللنا به وعلی الثانی وہو اعمال طریقة الجمع فبان یحمل عمومه علی المخصوص وذلک شائع وہذا تخصیص حدیث ابی موسی بعد جواز کون النفی للکمال والسنة وہو محمل قولہا فان النساء لا تلی ولا یمکن فی رد البیہقی بان یراد بالولی من یتوقف علی اذنه ای لا نکاح الا بمن له ولایة لینفی نکاح الکافر المسلمة والمعتوہة والامة والعبد ایضا لان النکاح فی الحد عام غیر مقید وعلی ہذا التاویل یتم العمل بالحدیث الجامع لاشتراط الشہادة والولی وہو ما قدمناه من روایة ابن حبان فی فصل الشہادة وکذا حدیث عائشة بمن نکحت غیر الکفو والمراد بالباطل حقیقته علی قول من لم یصحح ما باشرته من غیر کفو وحکمه علی قول ابی حنیفة ویثبت للولی حق الخصومة

ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح

في فسخه كل ذلك شائع في اطلاق النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بنينا على انه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا انكحت نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه اعلم فيثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو انها تصرفت في خالص حقها وهو نفسها وهي من اهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الاولى **قوله** ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح معنى الاجبار ان يباشر العقد فينفذ عليها شاءت او ابت ومبنى الخلاف ان علة ثبوت ولاية الاجبار اهو الصغر او البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعي البكارة فانبنى عليه هذه ما اذا زوج الاب الصغيرة فدخل بها او طلقت قبل البلوغ لم يجز للاب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله انه الحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية اجبارها في النكاح بجامع الجهل بامر النكاح وعاقبته ونحن نمنع ان الجهل بامر النكاح هو العلة في الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة مع ان الجهل منتف لانه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن ان يقال لكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة ان وجدت على المختار بل تعليق الحكم في الاصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن اهلية ان يرجع اليه في رأي او ان يلتفت اليه في امر كهذا الذي يظهر اثره في التصرفات من البيع والشراء والاجارة والانتصار وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا على ان الخلاف في الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة وظاهر كلام الفريقين هناك ان ذلك لم يتحقق في الشرع بعد ثم لا يخفى ان الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا يعتبر اصلا بل المظنة والكلام فيها هي البكارة او الصغر فقلنا الصغر اما البكارة فمعلوم الالغاء بما من الصريح والدلالة ونوع من الاقتضاء لمقصود الشرع اما الصريح ففي سنن ابي داود والنسائي وابن ماجه ومسند الامام احمد من حديث ابن عباس رضي الله عنه ان جارية بكرا اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وهذا حديث صحيح فانه عن حسين ثنا جرير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه وحسين هو ابن محمد المروزي احد المخرج لهم في الصحيحين وقول البيهقي انه مرسل لرواية ابي داود ونقل ابن ابي حاتم عن ابيه تخطئة الوصل لرواية حماد هذه وابن علية عن ايوب عن عكرمة من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن ايوب عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبته الوهم في الوصل الى حسين لانه لم يروه عن جرير غيره مردود اما اولا فبحجية المرسل الصحيح واما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمن بن حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال فبرئت عهدته يعني حسينا وزالت تبعته ثم اسنده عنه قال ورواه ايوب عن سويد هكذا عن الثوري عن ايوب موصولا وكذا رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن ايوب فزال الريب وصار الحاصل ان عكرمة قال مرة ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وسلم فارسل وذكر مرة اخرى الواسطة بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم ولا بدع في ذلك قال ابن القطان حديث ابن عباس رضي الله عنهما هذا صحيح وليست هذه خنساء بنت خدام التي زوجها ابوها وهي ثيب فكرهته فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه فان هذه بكر وتلك ثيب انتهى على انه روي ان خنساء ايضا كانت بكرا اخرج النسائي في سننه حديثها وفيه انها كانت بكرا ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنساء قالت انكحني ابي وانا كارهة وانا بكر فشكوت ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم الحديث لكن رواية البخاري تترجح قال ابن القطان والدليل على انهما قضيتان ما اخرجه الدارقطني عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر انكحهما ابوهما وهما كارهتان قال ابن القطان وتزوجت خنساء من بعده وهو ابو لبابة بن عبد المنذر صرح به في سنن ابن ماجه فولدت له السائب بن ابي لبابة انتهى وهذا الحديث وان كان فيه اسحق بن ابراهيم بن جرير الطبري وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الذماري فقد رواه عنه ايضا ابو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعاني في

لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية الاجبار
والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال

ووهم الدارقطني الذماري في نقله عن الثوري وصوب ارساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا وعلى كل حال يتم به المقصود الذي سقناه له واخرج
الدارقطني عن شعيب بن اسحق عن الاوزاعي عن عطاء عن جابر ان رجلا زوج ابنته وهي بكر من غير امرها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وهذا
عن جابر بوهم شعيبا في رفعه قال والصحيح انه مرسل وبه يتم مقصودنا اما لانه حجة واما لانا ذكرناه للاستشهاد والتقوية لاحاديث آخر رويت عن
ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم وان تكلم فيها واما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم الثيب احق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها ابوها في نفسها باعتبار انه خص الثيب
بانها احق فافاد ان البكر ليست احق بنفسها منه فاستفاده ذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ولو سلم فلا يعارض المنطوق الصريح الذي ذكرناه من رده
ولو سلم فنفس نظم الباقي الحديث يخالف المفهوم وهو قوله والبكر يستأمرها الى آخره اذ وجوب الاستيمار على ما يفيده لفظ الخبر مناف للاجبار لانه طلب
الامر او الاذن وفائدته الظاهرة ليست الا ليستعلم رضاها او عدمه فيعمل على وفقه هذا هو الظاهر من طلب الاستيذان فيجب البقاء معه وتقديمه على
المفهوم ولو عارضه والحاصل من اللفظ اثبات الاحقية للثيب بنفسها مطلقا ثم اثبت مثله للبكر حيث اثبت لها حق ان تستأمر وغاية الامر انه نص
على احقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كانه قال الثيب احق بنفسها والبكر احق بنفسها ايضا غير انه افاد احقية البكر باخراجه في ضمن اثبات حق الاستيمار
لها وسببه ان البكر لا تخطب الى نفسها عادة بل الى وليها بخلاف الثيب فلما كان الحال انها احق بنفسها وخطبتها تقع للولي صرح بايجاب استيمارها
فلا افتيات عليها بتزويجها قبل ان يظهر رضاها بالخاطب ويعضد هذا المعنى الرواية الاخرى الثابتة في صحيح مسلم وابي داود والترمذي والنسائي ومالك
في الموطا الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها صماتها والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا على ما ذكرناه قريبا فانها صريحة
في اثبات الاحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستيذان وذلك لما قلنا من السبب وبه تتفق الروايتان بخلاف ما مشى عليه فانه اثبات المعارضة بينهما وتخصيص
المنطوق وهو الايم لاعمال المفهوم مع ان باقي نفس رواية الثيب ظاهرة في خلاف المفهوم على ما قررناه في صريح الرد الذي صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر
فلا يجوز العدول عما ذهبنا اليه في تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر بطريق الحمل والتخصيص ولا يرد فيه قاعدة لغوية ولا اصلية وفي سنن النسائي
عن عائشة رض ان فتاة دخلت عليها فقالت ان ابي زوجني ابن اخيه ليرفع خسيسته وانا كارهة قالت اجلسي حتى ياتي رسول الله صلى الله عليه وسلم
فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فارسل الى ابيها فجعل الامر اليها فقالت يا رسول الله قد اجزت ما صنع ابي وانما اردت ان اعلم النساء ان ليس
الى الآباء من الامر شيء وهذا يفيد بعمومه ان ليس له المباشرة حقا تاما بل الاستحباب فيه ودليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك ايضا وهو حديث
حجة وما قيل هو مرسل ابن ابي بريدة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فان سند النسائي ثنا زياد بن ايوب عن علي بن غراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله
بن بريدة ورواه ابن ماجة ثنا هناد بن السري ثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن ابيه قال جاءت فتاة وحمله على ان ذلك لعدم الكفاءة خلاف الاصل
مع ان العرب انما يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها واما الدلالة فلانه لا ولاية له ان يتصرف في اقل شيء من مال البكر البالغة الا باذنها وكل المال
دون النفس فكيف يملك ان يجبرها فيسلمها الى من هو ابغض الخلق اليها ويملكه رقها ومعلوم ان ذهاب جميع مالها اهون عليها من ذلك وهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع واما
الاقتضاء فجميع ما في الستة من الصحاح والحسان المصرحة باستيذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا اذنها كما في حديث ابي هريرة رض لا تنكح البكر حتى تستأذن الحديث
وسياتي تماما فلا يعقل له فائدة الا العمل على وفقه لاستحالة ان يكون الغرض من استيذانها ان تخالف فلو كان الاجبار ثابتا لزم ذلك وتعري الامر بالاستيذان
عن الفائدة بل لزمت الاحالة لما لم يكن الاقتضاء المصطلح قلنا فيما تقدم انه نوع منه فليظهر للآثار ان ايجاب استيذانها صريح في نفي اجبارها والولاية

وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال فاذا استأذنها الولي فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا

عليها في ذلك وانما تحقيق مقصود شرعية العقد فلان المقصود من شرعية انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى ولا تحقق هذا مع غاية المنافرة فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب ان لا يجوز لانه عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهرا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم يظهر بعد العقد والله سبحانه اعلم **قوله** (وانما يملك الخ) يعني ان العادة جرت بقبض الآباء اصدقة الابكار ليجهزوهن لها مع اموال انفسهم من غير معارضة البنات في ذلك للآباء لاستحياء البنات من المطالبة والاعتصار فكان الاذن ثابتا دلالة نظرا الى ما ذكرنا فعن هذا يبرأ الزوج بالدفع اليه الا ان يوجد نهيها صريحا لان الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها من فروع قبض الاب صداقها انه لا يملك الا قبض المسمى حتى لو كانت بيضا لا يملك قبض السود ولا العكس لانه استبدال ولا يملكه قال الحلواني رح هذا ائمة علمائنا وعن جماعة انهم جوزوه وهو ارفق بالناس وفي الفتاوى الصغرى وان قبض الضياع يعني بدل المسمى لا يجوز الا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رستاقنا يأخذون ببعض المهر ضياعا فحينئذ اذا كانت كبيرة بكرا فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لانه بيع والاب يملك بيع مال الصغيرة وفي النوازل وان كان في بلد يتعارفون قبض الضياع باضعاف قيمتها جاز لانه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة وللاب ان يطالب بالمهر ان كانت الزوجة صغيرة لا يتمتع بها بخلاف النفقة لانها جزاء الاحتباس ووجوب المهر بحكم نفس العقد والجد عند عدم الاب كالاب في لا يملك غيرهما قبض المهر ولا الام الا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة حتى لو قبضت الام بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الام كذا ذكر في جوامع الفقه زاد وللقاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت او كبيرة الا اذا نهت ولو طلب الاب مهرها اعني البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها يعني فلا تملك قبضه لانها خرجت عن حكم الابكار وقال الاب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الاب لان الزوج يدعي حادثا بلا بينة فان قال الزوج حلفه انه لم يعلم اني دخلت بها قال الصدر الشهيد يحتمل ان يحلف وهو صواب لان الاب لو اقر بذلك صح اقراره في حق نفسه حتى لم يكن له ان يطالب بالمهر وكان له المطالبة للبنت وكانت تحليف مفيدا وروايت في ادب الخصاف انه لا يحلف ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للاب ولا بينة حلف الاب فان اقر انه قبضه ان كانت البنت بكرا وقت الاقرار صدق ادعيا فالان اقراره حالة البكارة في حال ولاية قبضه بخلاف حال الثيوبة ولا يشكل عدم تصديقه حال الثيوبة اذا كانت كبيرة فلو كانت صغيرة صدق ولو زوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعت الى ابيك وانت صغيرة وصدقه الاب لا يصح اقراره عليها اليوم ولها ان تاخذ المهر من الزوج وليس للزوج ان يرجع على الاب لانه اقر باستحقاقه القبض الا ان قال عند قبض المهر اخذته منك على ان ابرئك من صداق بنتي فح له ان يرجع عليه اذا انكرت **قوله** (واذا استأذنها فسكتت الخ) ظاهر حكما وقيل والمراد بالسكوت الاختياري فلو اخذها سعال او عطاس او اخذ فمها فخلصت فردت ارتد ولا فرق بين العلم والجهل في التجنيس حتى لو تزوجها ابوها فسكتت وهي لا تعلم ان السكوت رضا جاز ولو تبسمت يكون اذنا في الصحيح وما حكاه بقوله وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا وضحك الاستهزاء لا يخفى عن غيره واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا اختير للفتوى وعن ابي يوسف رح في البكاء انه رضى لانه لشدة الحياء وعن محمد رد لان وضعه لاظهار الكراهة والمعول اعتبار قرائن الاحوال في البكاء والضحك فان تعارضت او اشكل احتيط وعن هذا اعتبر بعضهم من ان دموعها ان كانت حارة فهو رد او باردة فهو رضا لكنه اعتبار قليل الجدوى وعديمه اذ الاحساس بكيفية الدمع لا يتهيأ الا للباكي ولو ذهب الانسان بحسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا يطمئن القلب الى انه كذا وذكر شيخ الاسلام وغيره مسائل اعتبر السكوت فيها رضى منها هذه وضممت اليها ما تيسر وقد جمعتها في هذه الابيات تسهيلا لحفظها ٭ سكوت بكر في النكاح وفي ٭ قبض الابين صداقها اذن ٭ قبض المالك المبيع ولو ٭ في فاسد واذا اشترى لنا قن ٭ ولد الصبي وذو التشهر اذا ٭ كان الخيار له كذا سفو ٭ مولى الاسير ساع وهو يرى ٭ وابو الوليد اذا نفى الزمن ٭

قال وان فعل هذا غير الولى يعنى استأمر غير الولى او ولى غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة فى حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولى لانه قائم مقامه وتعتبر فى الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه

وعقيب شق الزق او رائه يعنى به الاسكان اذ ظنوا به وعقيب قوله مواضع بيضى به او وضع مال زاد ير نوابه وبلوغ جارية وزوجها غير الابين بذاك قد سوابه وكذا الشفيع وذو الجهالة فى النسب شراه من به صغن به واذا القول لغيره فسكت به هذا متاعى بعه يا معن به واذا رأى ملكا يباع له به وتصرف من زاد من سافلم يدين به قولى سكوت بكر يشمل ما قبل النكاح وما بعده اعنى اذا زوجها فبلغها فسكتت قولى قبض الملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به اذا قبضا بمراى من المالك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك وكذا البيع ولو فى بيع فاسد اذا قبضه المشترى بمراى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع اياه الى استيفاء الثمن فليس له ان يسترده ويطالب بالثمن وفى كتاب الاكراه لا يكون اذنا صحيحا فى الفاسد واذا اشترى ثمنا يعنى اذا اشترى العبد شيئا بحضرة سيده فسكت كان اذنا قال الحلواني لكن نفس ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل ما بعده والصبى اذا اشترى او باع بمراى من وليه فسكت كالعبد وذو الشراء اى المشترى عبدا اذا كان له الخيار فراى العبد يبيع ويشترى فسكت سقط خياره لان الاذن فرع نفاذ البيع ومولى الاسير اى العبد الذى اسر اذا ظهر على دار الحرب فوقع فى سهم مسلم كان مولاه احق به بالقيمة فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له ان يأخذه وابو الوليد اذا سكت ولم ينفه حتى مضت ايام التهنية على الخلاف فى مقدارها اهو الاسبوع او مدة النفاس لزمه فلا ينتفى بعد والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشاق ما سال وعقيب بحلف على ان لا اسكن فلانا او فلان ساكن فيحنث فان قال عقيبه اخرج فابى لم يحنث وعقيب قوله مواضع اى رجل واضع غيره على ان يظهر بيع تلجئة ثم قال بدا لى جعله بيعا نافذا المسمع من الآخر فسكت كان نافذا عقيب رجل وضع متاعه بحضرته وهو ينظر اليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها وتضمن بتركه والشفيع اذا علم بيع ما يشفع فيه فسكت كان تسليما وذو الجهالة مجهول النسب اذا بيع فسكت فهو اقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية الا ببينة زاد الحلواني وهى رح فى اختيار سكوته رضا وقيل له قم مع سيدك فقام واذا القول رجل لغيره بع متاعى فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة لا بيع فضولى وليس من فروع هذه ما فى الجوامع لو استأمر بنت عمه لنفسه وهى بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها واذا راى ملكا له منقولا او عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشترى وتصرف فيه زمانا سقط دعواه اياه ذكره فى تتمة الفتاوى وغيرها بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فانه لا يكون رضا واعتبر ايضا بان لا حق له فيه عندنا خلافا لابن ابى ليلى والتى زوجها مسئلة الولوالجية والاستقراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهورة لا المحصورة

قوله وان فعل هذا اى الاستيذان غير ولى بان كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا او ولى غيره اولى منه كالاخ مع الاب لم يكن سكوتها والضحكها رضى بل لنطقها به وهذا يشمل رسول الولى فاخرجه اخرا بقوله بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولى لانه قائم مقامه سكوتها عند استيذانه رضا وعن الكرخى رح يكفى سكوتها وان كان المستأمر اجنبيا لان استحياءها منه اكثر منه مع الولى قلنا السكوت فيه لظاهر آخر وهو قلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الا لحاجة وهى تندفع باعتباره مع الاولياء لانهم هم المزوجون غالبا وكان اعتباره فى محل الحاجة بخلاف غيرهم اذ لا يعتبر المحتمل فى غير محل الحاجة وانما كان حاجة لانها لا تنطلق فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها وهذا يقتضى انه مع الاولياء ايضا محتمل على السواء وبنا فيه قوله لان جنبة الرضا فيه غالبة فكان الاولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا وقوله ولو وقع كان محتملا ظاهر العبارة ولو وقع دلالة كان محتملا ان اراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان اراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لا يتقيد بحال كون المستأمر وليا فان قيل المشكل على هذا الحكم المذكور اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذنها ان تسكت ونحوه من غير تقييد بكون المستأمر وليا قلنا يتقيد بالعرف والعادة وهى ان المستأذن للبكر البالغ الولى بل لا يخلص اليها غيره قوله ويعتبر فى الاستيمار اى يعتبر فى كون السكوت رضا فى الاستيمار تسمية الزوج على وجه يقع به المعرفة لها اما باسمه

ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها
الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف
ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

كما زوجتك من فلان او فلان او في ضمن العام لا لكل عام نحو من جيراني او بني عمي وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا ساقه بخلاف من بني تميم او من رجل لانه علام لتسمية لضعف الظن ولو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح الصحة وينبغي تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا او عرفته قبل ذلك ولو زوجها بحضرتها بغير كفو فسكتت لم يكن رضا في قول محمد بن سلمة وهو قول ابي يوسف ومحمد قال الفقيه ابو الليث وهو يوافق قولهما في الصغيرة **قوله** ولا تشترط تسمية المهر اي في كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح الاول لان النكاح صحيح بدونه وصحح في شرح الوافي ان المزوج ان كان لا ابا او جدا لا يشترط والا يشترط لان الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة تربو عليه فان سمي المهر اقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا انتهى والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشيء لان ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام في الكبيرة التي وجبت مشاورتها والاب في ذلك كالاجنبي لا يصدر عن شيء من امرها الا برضاها غير ان رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا ومقتضى النظر ان لا يصح بلا تسمية المهر لعدم جواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة فما لم تعلم ثبوتها لا يثبت رضا وصحة العقد بلا تسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب ان لا يترك الا ما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه لذلك المصلحة فقد لا تختار ذلك والكلام في البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه من قول ابي حنيفة انما هو في الصغيرة اما الكبيرة فنفاذ تزويج الاب موقوف على رضاها كالوكيل غير ان سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية او تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا او لخوف الرد عليه مع عدمه فلا يثبت الرضاء به وفي غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جنبة الرضا وما اكتفى الا بالمظنون على ما ذكرناه آنفا وقد يقال سكوتها اذا لم يسم لها الولي مهرا مع علمها بانه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها تفويض ورضا بمهر المثل وبكل مهر لكن يدفع بان علمها بان سكوتها مع عدم التسمية يكمل مهرا مع محل النزاع فلا يلزم علمها وفي التجنيس في باب ما يكون رضا واجازة اذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ان وهبها يعني فوضها ينفذ النكاح فان زوجها بمهر مسمى لا ينفذ لانه اذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به واذا سمى مهرا فتمامه بالرضا انتهى وهو فرع اشتراط التسمية في السكوت لكون رضا وتجب ليمكن الجواب في المسئلة الاولى بتقييدها بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر **قوله** ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا من انها ان سكتت او ضحكت بلا استهزاء او بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا وقال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص والحاجة الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لانه ليس في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستيمار ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت وعن ابي يوسف رح السكوت بعد العقد رد ذكره في البدائع قال وهو قول محمد رح والاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده فلما كان اذنا قبله لدلالته على الرضا وجب ان يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا اثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على ان الحق انه ملزم في كل منهما غير انه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستاذن فان قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية ابي يوسف بالنص وهو رواية الائمة الستة عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستيذان فالجواب بان الاتفاق على انها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع انه متناول ظاهر النهي فعلم ان الاتفاق على ان المراد بالنهي ان المنع عن تنفيذ العقد عليها والزامه قبل اذنها وانما الخلاف في ان الاجازة بعد العقد بماذا يكون فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق على ان المراد منه ما ذكرنا وعلى هذا فرعوا انه لو استاذنها في غير معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت

وله نظائر وإذا استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولأن النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولأنها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولأبي حنيفة رحمه الله أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها

حيث لا تجوز لأن العقد يبطل بالرد فالرضا بعد ذلك لعقد مفسوخ ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع هذا والأوجه عدم الصحة لأن ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريد ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للإخبار بأنها على امتناعها **فروع** ولو زوجها وليان متساويان كل من واحد فسكتت فعن محمد رحمه الله بطلا كما لو أجازتهما معا وهو القياس لأن سكوتها رضا وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل ونقله في البدائع عن محمد رحمه الله ففيه عنه روايتان ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها إن أقواما يخطبونك أنا راضية بما تفعل فزوجها من الأول لا ينفذ عليها إلا بإجازة مستقبلة لأن تقدير كلامها إذا رغبت عن فلان فإن أقواما آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن إلى ما يعم الأول ونظيره من طلق امرأته ثم قال لرجل إني كرهت فلانة فطلقتها فزوجني بامرأة ترضاها فزوجه المطلقة لا يصح وكذا إذا باع عبدا ثم وكل بشراء عبد فاشترى له الأول لا يصح ولو زوجها فبلغها فقالت لا أريد النكاح فهو رد على الأصح وقولها غيره أحب إلي قبل العقد رد وبعده إذن لأنه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك كذا في الواقعات وقولها ذاك إليك إذن وقولها أنت أعلم ليس بإذن لأنه تقريب قولها أو يقاربه بالفارسية تو بداني ولو استأذنها فقالت لا يكون إذنا لأنه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه وحقيقته تو بداني أي أنت بالمصلحة أخبر وأدرى بالأحسن عليه وهذا اختيار الفقيه أبي الليث بخلاف قولها ذلك إليك فإنه إذن لأنه إنما يذكر للتوكيل ولا يخفى أن مسألة غيره أحب مشكلة ولا يخفى ضعف قوله لا يبطل بعده بالشك لأن ذلك إنما يتم بعد الصحة وهو بعد الإذن **قوله** وله نظائر كإخبار الوكيل بالعزل والمأذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه وإعتاقه اختيارا للفداء والشفيع ببيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الأحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب إن كان المخبر رسولا لا يشترط اتفاقا ولو فاسقا أو عبدا لأنه قائم مقام المرسل فإخباره كإخباره وإن فضوليا فعلى الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد أو عدالة الواحد فلو أخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه إلا باثنين أو عدالة الواحد **قوله** وإذا استأذن الثيب أي الكبيرة أما الصغيرة فلا استئذان في حقها أصلا كالبكر الصغيرة فلا بد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولا تكون المشاورة إلا بالقول لأنها طلب الرأي ثم هي مفاعلة فيقتضي وجوده من الجانبين وفي كل من الحكم والدليل نظر أما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول سلمنا أن المشاورة طلب الرأي لكن لا نسلم أنه يستلزم في إفادة الرأي فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة وح فكون المشاورة تستدعي جوابا باللفظ ممنوع واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه السابق لا تنكح الأيم حتى تستأمر والأمر بالقول لا بغيره ومنع بما في السنن من حديث ابن عباس رضي الله عنهما والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها وأجيب بأنه خرج عن حقيقته فيها بقرينة قوله وإذنها صماتها ولم يوجد مثلها في الثيب فيجب حقيقته وأصرح من هذا قوله في حديث آخر والثيب يعرب عنها لسانها لكن يشكل عليه أن الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني بل إذا قالت نعم رضيت وبارك الله لنا وأحسنت وبالدلالة بطلب المهر والنفقة وتمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استهزاء فلا فرق سوى أن سكوت البكر رضى بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والحق أن الكل من قبيل القول إلا التمكين فيثبت بدلالة نص إلزام القول لأنه فوق القول **قوله** وإذا زالت بكارتها الخ إذا زالت بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس وهي أن تصير عانسا أي مخنثا ولم تتزوج أو خرق حشيها أو عود أو حمل ثقيل تزوج كالأبكار اتفاقا وكذا إذا فارقها الزوج بجب أو عنة أو طلقها قبل الدخول ولو بعد الخلوة وهذه مما يخالف حكم الخلوة والدخول وكذا إذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لأنها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لأنها لم يصبها أحد ولهذا لو أوصى لأبكار بني فلان دخلت هذه ويمنع بالجارية تباع على أنها بكر حيث ترد إذا وجدت زائلة البكارة بوثبة ونحوها فلو كانت بكرا لم ترد

واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتِّ وقالت رددتُ فالقول قولها وقال زفر رحمه الله القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودَع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نوّر دعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى ان شاء الله

والجواب ان البكر يقال على من لم يصبها مصيب ومنه الباكورة لاول الثمار والبكرة لاول النهار وعلى العذراء وهو اخص اذ هي من لم يصبها مصيب ومن افراده قائمة العذرة فهو متواطئ وحمل على هذا الفرق في بيع المبني على المشاحة فترد لفوات العذرة وهي تلك الجلدة وعلى الاعم الاوسع في النكاح المبني على التوسعة وشدة التشبث حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الامر بخلاف البيع على انه قد قيل اذا اعترف المشتري بان زوالها بوثبة لا ترد لان العادة ارادة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فيتقيد بها وايضا لو اوصى لابكار بني فلان دخلت هذه وايضا الاستحياء قائم وانها علة منصوصة فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص وفيه نظر لان الاستحياء حكمة نص عليها لا اناطة الحكم عليها لعدم انضباطها ولذا لو فرض استحياء من زالت بكارتها بزنى اشد من العذراء لا تزوج كالبكر وهذا لان الحكمة وان كانت هي المقصودة من شرع الحكم لا اناطة بها اذا كان فيها مراتب متفاوتة تتفاوت في تحققها في بعض المحال لا اناطة الا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات الى الحكمة وجدت او عدمت ولو اعتبر حياء البكر لانه هو المنضبط اتحد الحاصل اذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم وان زالت بزنى مشهور او بوطئ بشبهة او نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا وان زالت بزنى غير مشهور فهو محل الخلاف فعندهما والشافعي تزوج كالثيب وعنده كالبكر وجه قولهما انها ثيب حقيقة فان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة جزاء عمله يعود اليه والمثابة الموضع الذي يرجع اليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من بنات فلان وله انها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة ان يعلم زناها حياء من ظهوره وذلك اشد من حيائها بكرا من اظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر وهذا انما يفيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه وبه يندفع جواب ما اورد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الايم حتى تستأمر والثيب يعرب عنها لسانها من انه عام خص منه الثيب المجنونة والامة فتخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في المتنازع فيه ونفس المجيب صرح بعده في مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بان الايم من لا زوج لها وان كانت بكرا بعد النقل قول محمد رحمه الله لو اوصى لايامى بني فلان لا تدخل الابكار وصح دخولهن كقول الكرخي لذلك والاولى ان الغرض ان الزنى غير مشهور ففي الزامها النطق اشاعة له فيعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة في هذه الصورة والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه وايضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها من هي بكر ظاهرا كما هو في امثاله لا في نفس الامر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عند استيذانها انها هي بكر الآن ليكتفي بسكوتها ام لا بل اكتفي بالبناء على الاصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في ثبوته بزنى لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ولذا قلنا لو ظهر لا يكتفي بسكوتها **قوله** اذا قال الزوج بلغك النكاح صورته ادعى على بكر بالغة ان وليها زوجها منه قبل استيذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا وقال زفر رحمه الله له لتمسكه بالاصل وهو عدم الكلام ونظير هذا الخلاف فيما اذا قال سيد العبد ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال العبد لم ادخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده للعبد وهذه العبارة اولى من قوله في المبسوط ان الخلاف في مسئلة النكاح بناء على الخلاف في مسئلة العبد اذ ليس كون احدهما بنفسه مبنى الخلاف في الآخر باولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء ووجه قوله فيهما التمسك بالاصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من ان المشتري بالخيار اذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فان القول للبائع اتفاقا للتمسك بالاصل والشفيع اذا قال علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت القول قول المشتري اما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له والمزوجة صغيرة من الولي غير الاب والجد اذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ او حين بلغت وكذبها الزوج فان القول له وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر سواء كان ذلك الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر او بحسب المعنى ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار واذا كان كذلك فقد

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رح يخالفنا في غير الاب
والشافعي رح في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة
لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو
موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافيين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية
في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته
وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلأن لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى

ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكر والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الاصل فكانت هي
متمسكة بالاصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي رد الوديعة والمودع ينكر فان القول لمدعي الرد وان كان مدعيا صورة لتمسكه بالاصل الظاهر
وهو فراغ ذمته لكونه ظاهر الا بكونه اصلا بخلاف مسئلة الخيار لان العقد ثبت صحيحا في الاصل وقد لزم بمضي المدة ظاهرا فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر
وكذا المزوجة صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما نفذ عليها حال صغرها يقينا والزوج منكر ومثله التشفيع ثم ان اقام الزوج البينة على سكوتها
عمل بها لانها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص يحاط بطرفيه او هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت ان زوجها تكلم بما هو ردة في مجلس
فاقاموها على عدم التكلم فيه تقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا في الجوامع وان اقاما بينتيهما اولى لاثبات الزيادة
اعني الرد فانه زائد على السكوت ولو كان اقامها على انها رضيت او اجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم
كذا في الشروح وعزاه في النهاية للتمرتاشي وكذا هو في غير نسخة من الفقه لكن في الخلاصة نقلا عن ادب القاضي للخصاف في هذه المسئلة لو اقام الاب او الزوج
البينة على الاجازة والمراة على الرد فبينتها اولى فيحصل في هذه الصورة اختلاف المشائخ ولعل وجهه ان السكوت لما كان مما تحقق الاجازة به لم يلزم من الشهادة
بالاجازة كونها بامر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين في الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم اجزه بعد الدخول
لم تصدق على ذلك الا ان كانت مكرهة فحينئذ القول لها لظهور دليل السخط دون الرضاء ولا يقبل عليها قول وليها بالرضاء لانه يقر عليها بثبوت الملك و
اقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزومه ايضا كذا في المبسوط ولو لم يكن للزوج بينة فهي بيمين
من عصمته من غير يمين يلزمه عند ابي حنيفة رح وعندهما عليها فان نكلت لقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وزيد عليها دعوى الامة
انها سقطت مستبين الخلق فصارت ام ولد وجمعها في هذين البيتين نكاح وفيه ايلاء ورق ورجع ولاء ونسب وعوى الامام امومية فليس بها يمين وجب
وسياتي في الدعوى صورها والفتوى على تحليفها وقيل يتامل القاضي في حال المدعي فان ظهر له منه التعنت قضى بقوله والا بقولهما وفي الغاية معزيا
الى فتاوى الخاص انه لو ادعى رجل على آخر انه زوجه بنته الصغيرة فانكر يحلف عند ابي حنيفة وفي الكبيرة لا اعتبارا بالاقرار فيهما واستشكل على قوله
لان امتناع اليمين عنده لامتناع البذل لا لامتناع الاقرار الا ترى ان مراة لو اقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها
فانكرت فالاشبه ان يكون هذا قولهما **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي لقوله تعالى واللائي لم يحضن فاثبت العدة للصغيرة
وهو فرع تصور نكاحها شرعا فبطل به منع ابن شبرمة وابي بكر الاصم منه وتزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست نص قريب من المتواتر وتزوج قدامة
بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة رض **قوله** والولي
هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة فعنده لا ولي عليها احد حتى تبلغ فتزوج باذنها وقد ذكرناها
وجه قول مالك رح ان الولاية على الحرة انما ثبتت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس
لان اثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست والجد ليس في معنى الاب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه
ولذا لا يقدم وصي الاب عليه فيقتصر على مورد النص قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يراد لمقاصده ولا يتوفر الا بين المتكافيين عادة ولا يتفق
الكفو في كل زمان فاثبات ولاية الاب بالنص بعلة احراز الكفو اذا ظفر به للحاجة اليه اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد جه

ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف
في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله
في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الراي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من
تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الراي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا
فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب
فان زوجهما الاب او الجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه
برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح

قول الشافعي رح ان التفويض الى غيرهما مخل بها لقصور شفقة لبعد قرابة ودلالة الاجماع على اعتبار ما فيه من القصور سالبا للولاية وهو الاجماع
على عدم ولايته في المال الابوصية وهو ادنى من النفس فسلبها في النفس اولى ولما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستامر
واليتيمة الصغيرة التي لا اب لها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وفي الحديث ان قدامة بن مظعون زوج بنت اخيه عثمن بن مظعون من ابن عمر رض
فردها صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستامر وتاثير هذا الوصف ان من زوجها قاصر الشفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس اولى ان
لا تثبت ولنا قوله تعالى فان خفتم الا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الاية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن
وهذا فرع جواز نكاحها عدم الخوف لا يقال ذلك بمفهوم الشرط لان الاصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فعند عدمه
يثبت الجواز بالاصل لا مضافا الى الشرط ويصرح بجواز نكاحها قول عائشة انها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يقسط في صداقها فنهوا
عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن في الصداق وقالت في قوله تعالى في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن الاية نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب
في نكاحها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فانزل الله تعالى هذه الاية فهذه الاية امر بتزويجهن من غيرهم او بتزويجهن وزوج صلى الله عليه
وسلم بنت عمه حمزة رض من عمر بن ابي سلمة وهي صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بالولاية تثبت بالنبوة لانه صلى الله عليه وسلم لم يزوج بها قط ولو فعل لم يزوج هذا لا عنه
لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر انه ساله عن تزوجه فذكر انها ثيب فقال هلا بكرا الحديث ورأى على عبد الرحمن بن عوف الصفرة فقال
مهيم قال تزوجت وساله كم ساق لها والاثار في جواز ذلك شهيرة عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رض والمعنى ان الحاجة الى الكفو ثابتة لان
مقاصد النكاح انما تتم معه وانما يظفر به في وقت دون وقت والولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع ان اصل القرابة داعية الى
الشفقة غير ان في هذه القرابة قصورا اظهرناه في اثبات الخيار لها اذا بلغت واذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة
مجازا باعتبار ما كان الا ترى انه صلى الله عليه وسلم غيا المنع بالاستيمار وانما تستامر البالغة وحديث قدامة تاويله انه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت
الفسخ الا ترى الى ما روي عن ابن عمر رض انه قال والله لقد انتزعت مني بعد ان ملكتها واما المال فانه لا يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع
حبا يفضي الى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه ولغيره بالمحاباة ويخفى لتعذر احضاره لتداول الايدي عليه ولجهوليته
او لنسيانه او التمويه في العوض في المقايضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فانتفت والملزمة منتفية لقصور الشفقة
فتعذر اثبات الولاية وحاصله ان القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير لازمة وقد تعذر مقتضاها في المال فانتفت فيه وامكن في النفس
فثبتت فيه وهذا لما اثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد قبله من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر او عدم كفاءة وجه قوله
في الثيب الصغيرة انها لا حاجة ولا حاجة بحدوث الراي في امر النكاح لممارسته ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وافاد منع النكاح قبل
المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة الى احراز الكفو والولاية عليها في النكاح مع عدم
الشهوة ليس الا لتحصيله ولا راي حالة الصغر باعترافه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم اهلية المشاورة حتى اخر جواز انكاحها الى البلوغ فكان
حاصل هذا الكلام تناقضا فان سلب الولاية لعلة حدوث الراي تصريح بحدوث الراي وتاخير نكاحها لعدم اهلية المشاورة يناقضه فلزم كون المراد بالثيب
في الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر الا بعد البلوغ فاذا لم يحدث الراي قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله ثبتت الولاية لتحقق الحاجة على ما ذكرنا

وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به

فمدار الولاية الصغر تحال المصرح والذي يويده كلاما فيما تقدم يعني من جواز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي العصبة مطلقا بعد ما كفينا مؤنة اثباته بما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل بين الاب والجد وغيرهما من العصبات في صورة الصغر او لا وروى عن علي موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزي بلفظ الانكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم امامة بنت عمه حمزة رض وهي صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت هذا والترتيب في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فتقدم عصبة النسب واولاهم الابن وابنه وان سفل ولا يتأتى الا في المعتوهة وهذا قولهما خلافا لمحمد فانه يرى ان الاب مقدم على الابن وسياق المسئلة هل تثبت الخيار للام المعتوهة اذا افاقت وقد زوجها الابن في الخلاصة ولو زوجها الابن فهو كالاب بل اولى ثم الاب ثم الجد ابوه ثم الاخ الشقيق ثم لاب وذكر الكرخي رحمه ان الاخ والجد يشتركان في الولاية عندهما وعند ابي حنيفة رضي الله عنه يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث والاصح ان الجد اولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم ثم اعمام الاب كذلك الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد لاب ثم ابناؤه وان سفلوا كل هؤلاء تثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر في حال صغرهما وحال كبرهما اذا جنا مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه ابوه وهو رجل جاز اذا كان جنونا مطبقا ولم يقدر ابو حنيفة في الجنون المطبق قدرا على ما سنذكره فان افاق فلا خيار له واذا زوجه اخوه فافاق فله الخيار ثم المعتق وان كان امرأة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبته من النسب على ترتيب عصبات النسب اذا عدم العصبات هل تثبت لذوي الارحام يأتي

قوله وقال ابو يوسف يعني آخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع الى ان لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالاب والجد وهذا ان الولاية لم تشرع في غير موضع النظر واذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقد نفسه بعد البلوغ وقولهما قول ابن عمر وابي هريرة رض لان قرابة الاخ ناقصة فتشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد وقد اظهر الشرع اثر هذا النقصان حيث منع ولايته في المال فيجب اظهاره في النفس اذ علم انه ناظر الى اظهار اثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رض وهي صغيرة وقال لها الخيار **قوله** وهو الصحيح احتراز عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار اذا كان المزوج القاضي لليتيمة لان ولايته اتم من ولاية العم لانها في النفس والمال جميعا وعن ما روي عن ابي حنيفة انه لا خيار فيما اذا زوجت الام لان شفقتها فوق شفقة الاب ووجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفا ونشرا مرتبا **قوله** ويشترط فيه اي في الفسخ ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وباباء الزوج الذمية التي اسلمت وهي طلاق خلافا لابي يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء في قوله في خيار البلوغ والاعتاق + فرقة حكما بغير طلاق + فقد كفو كذا ونقصان مهر + ونكاح فساده باتفاق + وملك لاحدى الزوجين او بعض زوج وارتداد كذا على الاطلاق + بجب وعنة ولعان + واباء الزوج فرقة بطلاق + وقضاء القاضي في الكل شرط + غير ملك ورده وعتاق + وقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فان نكاحها جائز عند ابي حنيفة ومحمد رح فاسد عند ابي يوسف فالفرقة منه بطلاق عندهما وفسخ عنده وقوله على الاطلاق احتراز عن قول محمد رح فان الفرق بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المرأة فهي فسخ وكل فرقة بطلاق اذا وقع عليها في العدة طلاق وقعت الا في اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها ووجه الاحتياج الى القضاء بقوله لان الفسخ لدفع ضرر خفي وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه ليس بثابت فالاولى ان يقال لدفع ضرر غير متحقق بل نظرا الى سببه وهو قصور القرابة المشعرة بقصور الشفقة وقد يظهر خلافه مما هو اثر النظر من

فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحال ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس

من كون الزوج كفوا والمهر تاما والخيار ثابت لها في هذه الحالة كثيرا فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى ان فسخها لا يصادف محلا فاحتيج الى القضاء للالزام بناء على تعليق حكم الخيار بمظنة ترك النظر لا بحقيقته ولا بدع في خلو المظنة المعلل بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في محمله ببلاد متقاربة لكل يوم نصف فرسخ على المراكب الهنية تنزها يجوز له القصر ولان في سببه ضعفا وخلافا بين العلماء بخلاف خيار العتق فانه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا اختص بالانثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها بخلاف العبد اذا اعتق فاعتبر خيارها دفعا لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج الى القضاء واعترض بانه دفعها هذه الزيادة التابعة لاصل النكاح برفعه وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض للاصول لانه عكس المعقول لايقال الشيء اذا كان تابعا باعتبار الوجود يكون متبوعا في النفي ولا يخفى ان كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع ان وجوده لازم وجوده فاستتباع الزيادة اصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل دفعه لانا نقول المراد انه لا يجوز ان ينفي التابع اذا كان مستلزما لنفي المتبوع الثابت لتضمنه دفع الاقوى لغرض دفع الادنى والجواب انه اذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضائه للزومه وهو ثابت هنا وهو النص فالوجه في السؤال طلب حكمه مع انه يتضمن ضرر الزوج فلم رجح دفع ضررها على دفع ضرره والجواب ان دفع ضررها يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له وانما يثبت لنفسه حقا عليها فدفعها اولى ولانه رضي بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعا **قوله** فتعذر الامة المعتقة بالجهل بثبوت الخيار لها اذا كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم بخلاف الحرة لا تعذر به لانتفاء هذا المعنى في حقها **قوله** ثم خيار البكر يبطل بالسكوت انما ذكره بعد ما قدم من قوله فسكتت فهو رضي للبيان ان يكون سكوتها رضا فيما تقدم هو اذا كانت بكرا فان العبارة هناك اعم من ذلك وللتعيين الفرق بينها وبين الغلام والثيب حيث قال ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة ويحمل كون دفع المهر رضا اذا لم يكن دخل بها اما ان كان دخل بها قبل بلوغه فينبغي ان لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضي لانه لا بد منه قام او فسخ وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ ما لم تقل رضيت او يجيء منها ما يعلم انه رضي كالتمكين من الوطء وطلب الواجب اعتبارا لهذه الحالة اي حالة ثبوت الاختيار بحال ابتداء النكاح فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذا اذا ثبت لها الخيار للعلم بالنكاح وهي بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضي ان خيار الثيب لا يبطل به ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليقيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الى آخره **قوله** وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس بل يبطل بمجرد سكوتها ولا يعتبر بالمجلس مجلس بلوغها بان حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح او مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف خيار البكر ممتدا الى آخر المجلس وهو قول لبعض العلماء مال هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط فان فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة اذا كانت عالمة بالنكاح وعلى هذا قالوا ينبغي ان تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد اذا اصبحت وتقول رأيت الدم الآن وقيل لمحمد كيف يصح وهو كذب وانما ادركت قبل هذا فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها ان تكذب كيلا يبطل حقها ثم اذا اختارت واشهدت ولم تتقدم الى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها كخيار العيب وما ذكر في بعض المواضع من انها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغي ان يحمل على ما اذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وما قيل لو سألت عن اسم الزوج او عن المهر او سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه غاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وان كان عدم ذكره لها لا يبطل كون سكوتها رضي على الخلاف

ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فما يبطل بالرضاء غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق وان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمه موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فتقرر به **قال** ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض

فان قيل اذا لم تسأل عن المهر انها رضيت بكل مهر والسؤال يفيد نفي الغرور في ذلك قلنا انما يتوقف رضاها على معرفة كميته كذا السلام على القادم لا يدل على الرضا كيف وانما ارسلت لغرض الاشهاد على الفسخ ولو جمع خيار البلوغ والشفعة تقول اطلب الحقين ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ ولو زوج امته الصغيرة ثم اعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالاب ولان خيار العتق يغني عنه والعبد الصغير اذا بلغ كذلك في الاصح الا انه لا يتصور في حقه خيار العتق فيطلق ان شاء **قوله** ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام ووجهه ظاهر من الكتاب والحاصل انها اذا بلغت ثيبا فوقت خيارها العمر لان سببه عدم الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح وكذا الغلام على هذا التفاوت كما تقدم وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدرك يبطل بالسكوت ولو كانت بكرا وان كانت ثيبا لم يبطل به وكذا اذا كان الخيار للزوج لا يبطل الا بصريح الابطال او يجيء منه دليل على ابطال الخيار كما اذا اشتغلت بشيء آخر او اعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل اذ يقتضي ان الاشتغال بعمل آخر يبطله وهذا التقييد بالمجلس ضرورة اذ يتحقق حقيقة او حكما يستلزمه ظاهرا وفي الجوامع وان كانت ثيبا حين بلغها او كان غلاما لم يبطل بالسكوت وان اقامت معه اياما الا ان ترضى بلسانها او يوجد ما يدل على الرضا من الوطء او التمكين منه طوعا او المطالبة بالمهر او النفقة او قبضها ولو قالت كنت مكرهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها في الخلاصة ولو اكلت من طعامه او خدمته فهي على خيارها لا يقال كون القول لها في دعوى الاكراه في التمكين مشكل لان الظاهر بعيد فيها **قوله** بخلاف خيار العتق متصل بقوله لا يمتد الى آخر المجلس اي فيمتد خيار العتق الى آخر المجلس ووجه الفرق ان خيار العتق تثبت باثبات المولى لانه حكم العتق الثابت باثباته فاقتضى جوابا في المجلس كالتمليك في المخيرة وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ والعتق خمسة اوجه احتياجه الى القضاء ولو فسخ احدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثه الآخر ويحل له الوطء بعد الفسخ قبل القضاء بخلاف خيار العتق فينفسخ النكاح بمجرد فسخها ولا يبطل خيار العتق بالسكوت الخ ويبطل خيار البلوغ اذا كان من جهة المرأة وهي بكر بخلاف الغلام والثيب لان السكوت لم يجعل في حقهما رضا ويثبت خيار لكل من الذكر والانثى بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم اعتقه لا خيار له لان خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر وخيار البلوغ لما عن قصور الشفقة وهي فيهما لا يقال الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار وما ثبت الخيار الا للحاجة لانا نقول لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق ان كان قبل الدخول بل يلزمه وههنا اذا قضى القاضي بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء واما بعده فيلزمه كله لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث وفي الجوامع اذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق وان نوى الثلاث فثلاث وحسن لان لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق والرابع ان العلم بثبوت الخيار شرعا معتبر في خيار العتق دون البلوغ والخامس ان خيار البلوغ يبطل بالقيام عن المجلس ولا يبطل خيار البلوغ في الثيب والغلام وتقبل شهادة المولين على اختيار امتهما التي زوجاها نفسها اذا اعتقاها ولا تقبل شهادة الفاصلين المزوجين بعد البلوغ انها اختارت نفسها لان سبب الرد قد انقطع في الاولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية اذ هو السبب وهو باق **قوله** ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جدد العقد ملك الثلاث وكذا خيار العتق لما بينا من انه يصح من الانثى ولا طلاق اليها ومن انه يثبت باثبات المولى ولا طلاق اليه وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ بخلاف خيار المخيرة لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لانه ملكها ما يملكه وهو الطلاق ولو وقعت هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى بخلاف الطلاق قبل الدخول بل يقع الطلاق في العدة اذا كانت الفرقة بعد الدخول اي الصريح او الكل وجه لا وجه الوقوع **قوله** ولا ولاية لعبد لان الولاية بانفاذ القول على الغير اذا كانت متعدية والقاصرة منتفية في هؤلاء فالمتعدية اولى فان قيل صحة اقرار العبد يدل على ولاية القاصرة فالجواب بهذا في المعنى متعلقة في غير الحدود والقصاص واما هنا فمستثنيات عندنا والاجماع على نفي ولاية في النكاح بمجرد الامكان

ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا

ان يقال رواية الحديث ولاية حيث كان الزاما كالامامة اذا كان ماذونا له في القتال وشهادته بهلال رمضان ثم ان اجيب عن هذه فالمشاحة ممكنة في الاجوبة والاسلم جعل المراد بقوله لا ولاية لعبد اي في النكاح لا نفي الولاية مطلقا لانه ليس الا بعدم القاصرة على عدم المتعدية فلو اريد الاعم كان مستدلا بنفي الاخص على نفي الاعم ولا المتعدية مطلقا اذ قد ثبت بان له شيئا من المتعدية كولايته على زوجته الحرة في امور الزوجية كالمنع من الخروج والتمكين وطلب الزينة مع ما ذكرنا فانه يصدق في الكل انه عبد له ولاية على الغير ملزمة والمراد بالجنون المطبق وهو على ما قيل سنة وقيل اكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى ذكره في التجنيس وابو حنيفة رح لا يوقت في الجنون المطبق شيئا كما هو دابه في التقديرات فيفوض الى راي القاضي وغير المطبق يثبت له الولاية في حالة افاقته بالاجماع وقد يقال لا حاجة الى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا او غير مطبق ويزوج حال افاقته عن جنون مطبق وغير مطبق لكن المعنى انه اذا كان مطبقا تسلب ولايته فيزوج ولا تنتظر افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا يزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر ان الكفء الخاطب اذا فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر على ما اختاره المتاخرون في غيبة الولي الاقرب على ما سنذكره **قوله** ولهذا اي لهذا الدليل لا تقبل شهادته عليه لانه لا سبيل له عليه ولا يتوارثان لان الوارث يخلف المورث في ماليته ملكا ويدا وتصرفا والظاهر ان الوراثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولاية اخرى فنفي المتعدية ليس نفيا لوراثته فليس نفيها بهذا الدليل وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم كذا لا تثبت لمسلم على كافر اعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال قيل وينبغي ان يقال الا ان يكون المسلم سيد امة كافرة او سلطانا قاله صاحب الدراية ونسبه الى الشافعي ومالك رح قال ثم لم ينقل هذا الاستثناء عن اصحابنا والذي ينبغي ان يكون مرادا ما رايت في موضع معزوا الى المبسوط الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء فاما الفسق فهل يسلب الاهلية كالكفر المشهور ان عندنا لا وهو المذكور في المنظومة وعن الشافعي رح اختلاف فيه اما المستور فله الولاية بلا خلاف فما في الجوامع ان الاب اذا كان فاسقا فللقاضي ان يزوج الصغيرة من غير كفو غير معروف نعم اذا كان متهتكا لا ينفذ تزويجه اياها بانقص و من غير كفو وسياتي هذه **قوله** ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات اي النسبية والسببية والحاصل ان الولاية اولا تثبت لعصبة النسب على الترتيب الذي قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند ابي حنيفة رح تثبت للام ثم للبنت اذا كانت امها مجنونة ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم لولد الام يستوي ذكورهم واناثهم في ذلك ثم اولادهم قال المص رح في التجنيس معلما بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي غاب الاب غيبة منقطعة وابنت صغيرة فزوجها اختها والام حاضرة يجوز ان لم يكن لها عصبة لانها اولى من الام لان الاخت من قوم الاب والنساء اللاتي من قبل الاب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات باجماع بين اصحابنا وهي الاخت والعمة وبنت الاخ وبنت العم ونحو ذلك ثم قال المص هكذا ذكرنا وذكر في غيره من المواضع ان الام اولى من الاخت الشقيقة لانها اقرب انتهى قيل هذا يستقيم في الاخت لا العمة وبنت العم وبنت الاخ لانهن من ذوي الارحام ولا يتعين يختلف فيها وتشبيها عن نجم الائمة النسفي منقول في المصفى عن شيخ الاسلام خواهر زاده ومقتضاه تقدم الاخت على الجد الفاسد وبعد اولاد الاخوات العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات والجد الفاسد اولى من الاخت عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف لا ولاية لها كما في الميراث كما في المستصفى وقياس ما صحح في الجد والاخ من تقدم الجد الفاسد على الاخت ثم مولى الموالاة وهو الذي اسلم على يد ابي الصغيرة ووالاه لانه يرث فتثبت له ولاية التزويج ثم السلطان ثم القاضي اذا شرط في عهده تزويج الصغائر والصغار ثم من نصبه القاضي وان لم يشترط فلا ولاية له في ذلك وهذا استحسان وقال محمد رح لا ولاية لذوي الارحام ولا لمولى الموالاة وهو القياس وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف مضطرب فيه والاشهر انه مع محمد رح على ما في الهداية وقال في الكافي الجمهور ان ابا يوسف مع ابي حنيفة

ولأن الولاية إنما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو إليها وإلى العصبات الصيانة ولأبي حنيفة رح أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز لأنه آخر العصبات وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له فإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج

وفي شرح الكنز وأبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات لهما ما روينا يعني من قوله صلى الله عليه وسلم الإنكاح إلى العصبات أثبت لهم الجنس وليس وراء الكل شيء فيثبت لغيرهم فلا إنكاح لغيرهم **قوله** ولأن الولاية إنما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو إليها أي إلى القرابة على تأويل الأقارب وعلى نسخة المعتدي وإلى العصبات الصيانة عن ذلك لا إلى غيرهم من ذوي الأرحام لأنهم ينسبون إلى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو مختص بالقرابة إذ مطلقها باعث على الشفقة ظاهر الموجبة لاختيار الكفو وذو الأرحام بهذه المثابة فلذا نرى شفقة الإنسان على بنت أخته كشفقته على بنت أخيه بل قد تترجح على الثانية ولا شك أن شفقة ذوي الأرحام ليس كشفقة السلطان ومن ولاه فكانوا أولى منهم وأما قولهما إنما تثبت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو إليها فالحصر ممنوع بل ثبوتها بالذات تحصيلا لمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفو لأنها بالذات بحاجتها لا لحاجتهم وكل من ذوي الأرحام فيه داعية تحصيل حاجتها فتثبت له الولاية بهذا الاعتبار وإن تثبت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات إلى ذلك وحاجته بالاستزادة وضوحا في مسئلة الغيبة ويدل عليه إجازة ابن مسعود رض تزويج امرأة بنتها وكانت من غيره على الأصح وأما إثبات جنس ولاية الإنكاح إلى العصبات في الحديث فإنما هو حال وجودهم ولا تعرض له لحال عدمهم بنفي الولاية عن غيرهم ولا إثباتها فأثبتناها بالمعنى وقضية ابن مسعود وأيضا لا شك أنه خص منه السلطان لأنه ليس من العصبات بقوله السلطان ولي من لا ولي له أو بالإجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهذا الوجه على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي وحجيته وقوله في قول محمد قياس وفي قول أبي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد وبالمعنى الصرف لأبي حنيفة يناقش فيه بالاستحسان هو الذي يكون بالأثر لا القياس فإن شرطه أن لا يكون فيه نص ويجاب بأنه على بابه والمراد أن ما ذكره محمد من الحكم في نفس الأمر قياس قابله الاستحسان الذي قال أبو حنيفة فإن محمدا ظن خلافه من الاستحسان فاستدل بالحديث وقد ظهر أن لا متمسك له به وكان الأولى أن يجيب به المصنف وحاصل الحجة معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات تتناول الأم لأنها عصبة في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت لها إلا أن أقارب الأب مقدمون **قوله** وإذا عدم الأولياء أي كل من العصبات وذوي الأرحام ومولى الموالاة فالولاية إلى الإمام والحاكم أي القاضي بشرط أن يكتب ذلك في منشوره فلو زوج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في عهده ثم أذن له فيه فأجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز على الأصح استحسانا **فروع** الأول ليس لوصي الصغيرة أن يزوجها وإن أوصى إليه الأب بالنكاح إلا إذا كان الموصي عين رجلا في حياته للتزويج فيزوجها الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها وإن لم يعين انتظر بلوغها فتأذن كذا قيل وليس بلازم لأن السلطان يزوجها إذا كان الوصي قريبا يزوج بحكم القرابة لا الوصاية وإلا فالحاكم وبه قال الشافعي وأحمد في رواية وفي أخرى له التزويج لقيامه مقام الأب قلنا إنما قام مقامه في المال وقال مالك إن أوصى إليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن أبي حنيفة الثاني لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي اليتيمة من ابنه لا يجوز كالوكيل مطلقا إذا زوج موكلته من ابنه بخلاف سائر الأولياء لأن تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي ذكره في التجنيس معللا له بعلامة غريب الرواية للسيد الإمام أبي شجاع والإلحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما مع استفسار شرطه وكذا إذا باع مال يتيمة من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين والأوجه ما ذكرنا بخلاف ما لو نصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لأنه نائب عن الميت لا القاضي الثالث إقرار الولي على الصغير والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند أبي حنيفة إلا ببينة أو يدرك الصغير فيصدقه معناه إذا ادعى الزوج ذلك عند القاضي وصدقه الأب وعندهما يثبت النكاح بإقراره قال في المصفى عن أستاذه يعني الشيخ حميد الدين أن الخلاف فيما إذا أقر الولي في صغرها فإن أقر بعد

وقال زفر لا يجوز لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ

الى بلوغهما فاذا بلغا وصدقاه ينفذ اقراره والا يبطل وعندهما ينفذ فى الحال وقال انه اشار اليه فى المبسوط قال هو الصحيح وقيل الخلاف فيما اذا بلغ الصغير والصغيرة وكذب النكاح فاقر الولى اما لو اقر بالنكاح فى صغره صح اقراره كذا فى المغنى وفى مبسوط شيخ الاسلام اذا اقر الاب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق الا ببينة وان صدقه الزوج فى ذلك او المراة وعلى قولهما يصدق من غير بينة فان قيل على من تقام البينة ولا تقبل الا على منكر يعتبر انكاره والمنكر هو الصبى ولا عبرة بانكاره والاب والزوج او المراة مقران قلنا ينصب القاضى خصما عن الصغير او الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة انتهى كله من المصفى والذى يظهر ان قول من قال ان الخلاف فيما اذا بلغا فانكر النكاح اما اذا اقر عليهما فى صغرهما صح عليهما بالاتفاق اوجه واقرار وكيل رجل او امراة بتزويجها واقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف فاما اقراره بنكاح امته فنافذ اتفاقا الرابع فى النوازل امراة جاءت الى قاض فقالت اريد ان اتزوج ولا ولى لى فللقاضى ان يأذن لها فى النكاح كما لو علم ان لها وليا وتنكر اجاز ابو الحسن السغدى وما نقل فيه من اقامتها البينة فخلاف المشهور وما نقل من قول حماد بن ابى حنيفة يقول لها القاضى ان لم تكونى قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد اذنت لك فالظاهر ان الشرطين الاولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفؤ واما الشرط الثالث فمعلوم الاشتراط **قوله** وقال زفر اذا غاب الولى الاقرب غيبة منقطعة لا يزوجها احد حتى تبلغ بناء على انه على ولايته لان الولاية تثبت حقا على تقدم فى ليل وقد منا جوابه وقال الشافعى يزوجها السلطان لا الابعد وعندنا يزوجها الابعد لان هذه ولاية نظرية تثبت نظرا لليتيمة لحاجتها اليها ولا نظر فى التفويض الى من لا ينتفع برأيه وهذا لان التفويض الى الاقرب ليس لكونه اقرب بل لان فى الاقربية زيادة مظنة للحكمة وهى الشفقة الباعثة على زيادة اتقان الرأى للمولية فحيث لا ينتفع برأيه اصلا سلبت الى الابعد اذ لو ابقيناه ولاية الاقرب ابطلنا حقها وفاتت مصلحتها اما الولى فحقه فى الصيانة عن غير الكفؤ يكون مقتضيا لاثبات ولاية الفسخ اذا وقع بفعلها من غير كفؤ فلا يتوقف على اثبات ولاية التزويج له فحيث تثبت فانما هى لحاجتها حقا لها ولو سلم ففوات حقه بسبب من جهته وهى غيبته على ان المقصود له لا يفوت اذ يخلفه فيه اولى الابعد لانه يتلوه فى نفى غير الكفؤ والاحتراس عن التلطخ بنسبه فيطابقا على مقصود واحد فوجب المصير الى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان ولانه لو سلبت ولايته بموته كان الابعد اولى من السلطان فكذا اذا سلبت بعارض آخر والحاصل ان علة تقديمه على السلطان لا تختلف بالموت وغيره وقال صلى الله عليه وسلم السلطان ولى من لا ولى له وما يقال من انه ينتفع برأيه بالرسول والكتاب فكتاب الخاطب اليه حيث هو بخلاف المعتاد فى الغائب والخاطب فلا يفرغ الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه ونظيره الحضانة والتربية يتقدم فيه الاقرب فاذا تزوجت القربى ثبتت مثلته تشغلها بالزوج صارت للبعدى وكذا النفقة فى مال الاقرب فاذا انقطع ذلك لبعد ماله وجبت فى مال الابعد **قوله** ولو زوجها حيث هو فيه منع جواب عن استدلال زفر على قيام ولايته حال غيبته بانه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا فدل على انه لم يسلب الولاية شرعا بالغيبة اجاب بمنع صحة تزويجه قال فى المحيط لا رواية فيه وينبغى ان لا يجوز لانقطاع ولايته وفى المبسوط لا يجوز ولو سلم فلانها انتفعت برأيه وبهذا نزل الجهد ان للابعد قرب التدبير وللاقرب قرب القرابة فنزلا منزلة وليين فى درجة فايهما عقد جاز لانه اسبق بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها ومعناه ان سلب الولاية انما كان لسلب الانتفاع برأيه فلما زوجها من حيث هو ظهر انه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتا بل القائم مناط ثبوتها وفى شرح الكنز لا رواية فلنا ان نمنع لانه لو جاز عقده حيث هو لادى الى مفسدة لان الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لا يحل بها الزوج وهى فى عصمة غيره وما قالوه فى صلوة الجنازة يدل عليه وهو ان الغائب لو كتب ليقدم رجلا الى صلوة الجنازة فللابعد منعه ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه كما لو كان حاضرا وقدم غيره وقد استفيد مما ذكرنا ان الوليين اذا استويا كاخوين شقيقين ايهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا

ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري رح وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رايه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحهما وقال محمد رح ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات والله اعلم

فصل في الكفاءة الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش

فان زوجها كل منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق او وقعا معاً بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح ولو زوجها ابوها وهي بكر بالغة بامرها وزوجت هي نفسها من آخر فايهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها اقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا ادري الاول ولا يعلم من غيرها فرق بينهما وبينها وكذا لو زوجها وليان بامرها قوله ولا يرد الخ ليفيد انه لو حضر الاقرب بعد عقد الابعد لا يرد عقده وان عادت ولايته بعوده قوله والغيبة المنقطعة بان يكون في موضع لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري ره وعن ابي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان احدهما بالمشرق والاخرى بالمغرب وهذا يرجع الى قول زفر ره وانما ضرب هذا مثلا وعنه في اخرى من بغداد الى الري وهكذا عن محمد وفي رواية من الكوفة الى الري ومن المشايخ من قال حد الغيبة المنقطعة ان يكون يتحول من موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل اذا كان في موضع يقع الكرى اليه دفعة واحدة فليست غيبة منقطعة او بدفعات فمنقطعة وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام ابو علي النسفي وسعيد بن معاذ وابو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وابو علي السغدي وابو اليسر والصدر الشهيد قالوا وعليه الفتوى وقال الامام السرخسي في مبسوطه والاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره او استطلاع رايه يفوت الكفو وعن هذا قال قاضي خان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة وهذا احسن لانه النظر وفي النهاية عليه اكثر المشايخ منهم الامام ابو بكر محمد بن الفضل وفي شرح الكنز اكثر المتأخرين على ادنى مدة السفر فالتعارض بين اكثر المتأخرين واكثر المشايخ والاشبه بالفقه قول اكثر المشايخ قوله واذا اجتمع في المجنونة جنونا اصليا بان بلغت مجنونة او عارضيا بان طرأ الجنون بعد البلوغ ابوها او جدها مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ابوها وقال زفر في العارض لا يزوجها احد لان الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء ثم لا ترجع عند وجود مناط الحجر بل هي احوج الى الولاية بالجنون منها اليها بالصغر لان الحاجة اليها في الصغر لتحصيل الكفو وفي الجنون بذلك ودفع الشهوة والممارسة وكذا المجنون يجتمع فيه ابوه وابنه او جده على هذا الخلاف وعن ابي يوسف رواية اخرى ايهما من الاب والابن زوج جاز وهي رواية المعلى جعلهما في مرتبة ولا بعد اذ في الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة قوله ولهما الخ وهذه الولاية مبنية على العصوبة بالنص السابق والابن هو المقدم في العصوبة شرعا بالانفراد وبالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه ثم اذا زوج المجنونة او المجنون الكبيرين ابنهما لا خيار لهما لانه يقدم على الاب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن اولى

فصل في الكفاءة الكفوء النظير والمصدر الكفاءة بالفتح والمد ويقال لا كفاء له بالكسر ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولي اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء ومن تثبت له ثم اعقبه فصل الكفاءة قوله معتبرة قالوا معناه معتبرة في اللزوم على الاولياء حتى ان عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء فهنا مطلبان اثباته حجة ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه من معناها اما الاول فهو حديث ضعيف لان في سنده مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة والحجاج مختلف فيه ومبشر ضعيف متروك نسبه احمد الى الوضع وسياتي تخريجه لكنه حجة بالتظافر والشواهد من ذلك ما روي عن محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن رجل عن عمر رض قال لامنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي ان النبي عليه الصلاة والسلام قال له يا علي ثلث لا تؤخرها الصلاة اذا اتت والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفوا وقول الترمذي فيه لا ارى اسناده متصلا ينتفي بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحي فلينظر فيه واما عن عائشة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء روي من حديث

واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم

عائشة وانس وابن عمر من طرق عديدة فوجب ارتقاؤه الى الحجية بالحسن لحصول الظن بصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم وفي هذا الكفاية اغنى عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال اذا كان الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة ففي النكاح وهو للعمر اولى وذكر ما وقع في غزوة بدر انه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة وخرج اليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم من انتم قالوا رهط من الانصار فقالوا ابناء قوم كرام لكنا نريد اكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا انتم اكفاؤهم حمزة وعلي وعبيدة بن الحارث الخ فاما قوله صلى الله عليه وسلم صدقوا فلم اره والذي في سيرة ابن هشام عن ابي اسحق انهم قالوا لهم اكفاء كرام ولكنا نريد بني عمنا وفي رواية ما لنا بكم من حاجة ثم نادى مناديهم يا محمد اخرج لنا اكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم قم يا حمزة وقم يا علي الخ ونحن نقطع ان عدو الله لو برز للمسلمين يريد اطفاء نور الله وهو من اكابر انسابهم فخرج اليه عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المومنين ولم يرده ذلك لنسب لا بعد انهم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة فيجب ان يخرج اليه كفوه فيها لان المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا وكلامه انما يفيد في النسب وانما اجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك لما علمه بانهم اشد من الذين خرجوا اليهم اولا او لئلا يظن بان المطلوبين عجزوا او جبنوا ودفعا لما قد يظن اهل النفاق من انه يعصم بقرابته دون الانصار النظر الثاني لا يخفى ان الظاهر من قوله الا يزوجهن الا من الاكفاء ان الخطاب للاولياء نهيا لهم ان يزوجوهن الا من الاكفاء ولا دلالة فيه على انها اذا زوجت نفسها من غير الكفو ثبت لهم حق الفسخ فان قلت يمكن كون فاعل يزوجهن المحذوف اعم من الاولياء ومنهن اي لا يزوجهن مزوج هي لنفسها او الاولياء فالجواب ان حاصله انها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفو فاذا باشرته لزمتها المعصية ولا يستلزم ان للولي فسخه الا بمعنى العرف وهو انها اذا حلت عليه ضررا فله دفعه وهذا ليس مدلول النص ولو جعل معناه التضمني للنص باعتبار ان الضرر عليه لم يكن فسخه مدلول النص وانما قلنا التضمني لان النهي على هذا التقدير متعلق بها وبالاولياء فبالنسبة اليهم انما يعلل بترك النظر لها وبالنسبة اليها بادخال الضرر على الولي وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ فلا يشكل على سامع ان في قول القائل اذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللولي فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجهن الا من الاكفاء نبوة للدليل عن المدعى فالحق انه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لامر زائد على ذلك كما هو في الكتاب فان قلت كون الشيء معتبرا في الشرع لا بد من كونه على وجه خاص اعني معتبرا على انه واجب او مندوب قلنا نعم لكنه لم يتعرض لخصوصيته فان قلت فما هو قلنا مقتضى الادلة التي ذكرناها الوجوب اعني وجوب نكاح الاكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه ثم لا يستلزم كونه ارد كفو ما طالب لانا روى الترمذي من حديث ابي هريرة رضي الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم انه قال اذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير فلولا ان شرط المشروع القطعي لا يثبت بظني لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة ثم هذا الوجوب يتعلق بالاولياء حقا لها وبها حقا لهم على ما بينا وذكرنا ولكن انما يتحقق المعصية في حقهم اذا كانت صغيرة لانها اذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم الا برضاها فهي تاركة لحقها كما اذا رضي الولي بترك حقه حيث ينفذ هذا كله بمقتضى الادلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها وعلى اعتبارها يشكل قول ابي حنيفة رح ان الاب له ان يزوج بنته الصغيرة من غير كفو فان قلت خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهي قرشية على اسامة بن زيد وليس قرشيا وزوجت اخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي وزوج ابو حذيفة بنت اخيه من سالم مولاه وكل ذلك بعلم الصحابة او بعضهم وبفعل النبي صلى الله عليه وسلم فالجواب ان وقوع هذه ليس يستلزم كون تلك النساء صغارا بل العلم محيط بانهن كبار خصوصا بنت قيس كانت ثيبا كبيرة حتى تزوجها اسامة فانما جاز لاسقاطهن حق الكفاءة ولهن اولياء من هذا وفي اعتبار الكفاءة خلاف مالك والثوري والكرخي من مشايخنا لما روي عنه صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة جمعا بين الادلة **قوله** واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء وان لم يكونوا محارم كابن العم ان يفرقوا بينهما دفعا للعار عن انفسهم ما لم يجيء من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر او النفقة

ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر

ورأى الحق صحة في احدهما وان لم يقبض وكالتجهيز ونحوه لما لو زوجها على السكت فظهر عدمها بخلاف ما اذا اشترط العاقد الكفاءة او اخبره الزوج بها حيث كان لهم
التفريق اذا لم يشترط ولم يخبر فقد ذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوجت نفسها ممن لا يعلم حاله فاذا هو عبد ماذون ليس لها الفسخ بل للاولياء او زوجها الاولياء
ممن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته وزوجته فاذا هو عبد ماذون له في النكاح ليس لهم الفسخ ولو اخبر بحريته او شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ولا يكون سكوت الولي
رضى الا ان سكت الى ان ولدت فليس له التفريق وعن شيخ الاسلام ان له التفريق بعد الولادة وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق ولا يجب عندها شيء من المهر ان
وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة فانها كانت واجبة ولا تثبت هذه الفرقة الا بالقضاء لانه مجتهد فيه وكل
من الخصمين يتشبث بدليل فلا ينقطع النزاع الا بفصل القاضي والنكاح قبله صحيح يتوارثان به اذا مات احدهما قبل القضاء هذا على ظاهر الرواية اما على الرواية
المختارة للفتوى لا يصح العقد اصلا اذا كانت زوجت نفسها منه وبل للمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفو ان تمنع نفسها من ان يطأها مختار الفقيه ابي الليث
نعم قال في التجنيس هذا وان كان خلاف ظاهر الجواب لان من حجة المرأة ان تقول انما تزوجتك على رجاء ان يجيزه الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطئا
بشبهة ورضاء بعض الاولياء المستوين في درجة كرضاء كلهم خلافا لابي يوسف وزفر لانه حق الكل فلا يسقط الا برضاء الكل كالدين المشترك قلنا هو حق لهم
لكن لا يتجزى فيثبت للكل على الكمال كولاية الامان فاذا ابطله احدهم لا يبقى كحق القصاص ولو رضي الابعد كان للاقرب الاعتراض ولو زوجها الولي باذنها من غير كفو
فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولي التفريق ولا يكون الرضى بالاول رضا بالثاني لان الانسان لا يعدم رجوعه عن خلة ذميمة وكذا لو زوجها هو من غير
كفو فطلقها فتزوجت آخر غير كفو ولو تزوجته ثانيا في العدة فرق بينهما ولزمه مهران واستانفت العدة وان كان قبل الدخول في الثاني وستاتي هذه المسئلة
في باب العدة ان شاء الله تعالى **قوله** ولان انتظام الخ يعني ان المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر مدة العمر لانه وضع لتاسيس
القرابات الصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا يسره ما يسرك ويسوءه ما يسوءك وذلك لا يكون الا بالموافقة والتقارب ولا تقارب للنفوس عند
مباعدة الانساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح اذا ورد ملك اليمين لها عليه وان كان معللا ايضا بعلة
اخرى عامة للطرفين على ما مر في فصل المحرمات فعقده مع غير المكافئ قريب الشبه من عقد لا يترتب عليه مقاصده ولو كان اياه فسد فاذا كان طريقه اكره ولم يلزم
المولية اذا انفرد به الولي لظهور الاضرار بها **قوله** ثم الكفاءة تعتبر في النسب جميع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي مذكور في الكتاب وسيورده الا الكفاءة
في العقل ذكره الولوالجي ولم يذكره هنا قال بعضهم لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة واختلف فيه فقيل يعتبر لانه يفوت بعدمه مقصود النكاح وقيل
لا لانه مرض ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والبخر والذفر الا عند محمد في الثلاثة الاول
اعني الجنون والجذام والبرص اذا كان بحال لا تطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد ره الا ان الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي
وكذا في اخويه عنده **فرع** انتسب الى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك فان لم يكافيها به كقرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلها الخيار
ولو رضيت كان للاولياء التفريق وان كافاها به كعربية ليست قرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلا حق للاولياء ولها الخيار
عندنا ان شاءت فارقته خلافا لزفر ولنا انه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو ان يكون ابنها صالحا للخلافة فاذا لم ينل كان لها الخيار كشراء
العبد على انه كاتب فظهر خلافه وايضا الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به ممن هو افضل منها لا من مثلها فاذا ظهر خلافه فقد غرها وتبين عدم رضاها
بالعقد فيثبت لها الخيار ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن له خيار لانه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها

قريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض والأصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله إلا أن يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة كأنه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة

دلالة منها على طريق يمكنه وهي الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ويحتاج بعد هذا إلى فضل تقرير وفرق بين هذا وبين إثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل إن شاء الله تعالى **قوله قريش بعضهم أكفاء لبعض** روى الحاكم بسند فيه مجهول فإن شجاع بن الوليد قال ثنا بعض إخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائكا أو حجاما ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبي الفضل الأيلي ضعف بأنه موضوع وأن عمران يروي الموضوعات عن الأثبات وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعا الناس أكفاء قبيلة بقبيلة وعربي لعربي ومولى لمولى إلا حائكا أو حجاما وضعف ببقية بن الوليد وهو محتمل أن عنعن الحديث ليس غيره وبأن محمد بن الفضل مطعون فيه ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي وعمر رضي الله عنهما بلفظ الأول وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من أهل حران يروي المجاهيل وقد روي هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة رضي الله عنها وهو ضعيف انتهى كلامه وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه العرب بعضهم أكفاء لبعض انتهى وابن معدان لم يسمع من معاذ وفيه سليمان بن الجون قال ابن القطان لم أجد له ذكرا وبالجملة فللحديث أصل فإذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك خصوصا وبعض طرق الحديث الأول ليس مما يضعف بذاك فقد كان شعبة يعظم البقية وناهيك باحتياط شعبة والله أعلم وطرق الحديث الضعيف يرفعه إلى الحسن ثم القرشيان من جمعهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينتسب إلا لأب فوقه فهو عربي غير قرشي وإنما سميت أولاد النضر قريشا تشبيها بدابة في البحر تدعى قرشا تأكل دواب البحر لأنهم من أعظم دواب البحر عزة وفخرا ونسبا وعلى هذا قال اللهبي وقريش هي التي تسكن البحر بها سميت قريش قريشا وقيل لأن النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبي سمي به لأنه كان يقرش عن خلة الناس وحاجتهم فيسدها بماله والتقريش التفتيش قال الحارث بن حلزة أيها الناطق المقرش عنا عند عمرو وهل لذاك بقاء وقيل لأنه خرج يوما على نادي قومه فقال بعضهم انظروا إلى النضر كأنه جمل قريش وقيل سميت بقريش بن الحارث بن مخلد كان صاحب عير بني فكانوا يقولون قدمت عير قريش وخرجت عير قريش ولهذا ابن يسمى بدرا وهو الذي حفر بئر بدر سميت به وقيل لتجارتهم والقرش الكسب وقيل سميت به لأن فهر بن مالك قيل إن اسمه قريش وإنما فهر لقبه قاله ابن عباس رضي الله عنهما لمعاوية حين سأله عن ذلك وعلى هذا ينبغي أن لا يكون قرشيا إلا من كان من أولاد فهر وقيل هو من الجمع والتقريش التجميع لأن قصيا جمع بني النضر في الحرم من بعد تفرقهم وقيل لما نزل قصي الحرم فعل أفعالا جميلة فقيل له القرشي فهو أول من سمي به وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمعهما أب هو قصي والظاهر الأول ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي والتجمع كان من أبناء النضر وإن كان القائل قال: أبوكم قصي كان يدعى مجمعا به جمع الله القبائل من فهر لأنه ابن ابنه لأنه ابن مالك بن النضر غير أن القافية اتفقت كذلك والأبعد نقل أن قصيا سمي مجمعا لجمعه أولاد النضر عرف أن القرشيين جمعهما النضر هذا وقريش عمارة تحتها البطون لؤي بن غالب وقصي وعدي ومنهم الفاروق رضي الله عنه ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضي الله عنه ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومي رضي الله عنه وهما فخذان وهاشم فخذ والعباس فصيلة وأعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال صلى الله عليه وسلم في قريش بطن ببطن وفي العرب قبيلة بقبيلة ونظم بعض الأدباء ترتيب الطبقات وقال: قبيلة فوقها شعب وبعدهما عمارة ثم بطن تلوه فخذ ۞ وليس يؤوي الفتى إلا فصيلته ۞ ولا سداد لسهم ما له قذذ ۞ وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال: ۞ اقصد الشعب فهو أكثر حي ۞ عددا في الحواء ثم القبيلة ۞ ثم تليها العمارة ثم البطن ۞ والفخذ بعدها والفصيلة ۞ ثم من بعدها العشيرة لكن ۞ هي في جنب ما ذكرنا قليلة **قوله والموالي** هم العتقاء والمراد هنا غير العرب وإن لم يمسهم رق لأنهم لما ضيعوا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما ذكره في الحديث دليل على أنه لا يعتبر

وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا يعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به قال وتعتبر في المال

التفاضل في انساب قريش فهو حجة على الشافعي في ان الهاشمي والمطلبي اكفاء دون غيرهم بالنسبة اليهم قالوا زوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته من عثمن وهو اموي وزوج علي ام كلثوم من عمر رضي الله عنهم وهو عدوي وفيه نظر اذ قد يقول يجوز كونه لاسقاط حقه في الكفاءة نظرا الى مصلحة اخرى لكنه يرى انها تشترط في النسب فيلزمه ما ذكرنا وعلى اكثر اصحابه في اعتبار الكفاءة في النسب في العجم وعلى محمد رح في اعتبار الزيادة بالخلافة حتى لا يكافؤ اهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين وان قصد بذلك عدم المكافأة لان قصده به تسكين الفتنة وفي الجامع لقاضي خان قالوا الحسيب يكون كفوا للنسيب فالعالم العجمي كفو للجاهل العربي والعلوية لان شرف العلم فوق شرف النسب والحسب مكارم الاخلاق وفي المحيط عن صدر الاسلام الحسيب هو الذي له جاه وحشمة ومنصب وفي الينابيع الاصح انه ليس كفوا للعلوية والاصل ما ذكره المشايخ رح من ذلك ما روي عن ابي يوسف رح ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفوا له ولا يعتبر بالبلاد في تتمة الفتاوى القروي كفو للمدني **قوله** وبنو باهلة الخ استثناء من قوله والعرب بعضهم اكفاء لبعض وباهلة في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معن ابن اعصر بن سعد بن قيس بن غيلان فنسب ولده اليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا ياخذون عظام الميتة يطبخونها وياخذون دسوماتها فلذا قيل ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت الام من باهلة ※ وقيل اذا قيل للكلب يا باهلي ※ عوى الكلب من شوم ذاك النسب ※ ولا يخلو من نظر فان النص لم يفصل مع انه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بقبائل العرب واخلاقهم وقد اطلق وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الاجواد وكون فصيلة منهم او بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل **قوله** واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان فيه لان تمام النسب بالاب والجد والحق ابو يوسف رح الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف اي في الشهادات والدعاوي قيل كان ابا يوسف رح انما قال ذلك في موضع لا يعد كفو الجد عيبا بعد ان كان الاب مسلما وهما قالاه في موضع يعد عيبا والدليل على ذلك انهم قالوا جميعا ان ذلك ليس عيبا في حق العرب لانهم لا يعيرون بذلك وهذا احسن به ينتفي الخلاف ولا تعتبر الكفاءة بين اهل الذمة فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفوا لم يفرق بل هم اكفاء بعضهم لبعض قال في الاصل الا ان يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك او سائس فانه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مامور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين **قوله** والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام يعني من كان له ابوان حران كان كفوا لمن له اباء احرار ومن له اب واحد حر لا يكافئ من له ابوان حران ومن عتق بنفسه لا يكافئ من له اب حر وفي التجنيس لو كان ابوه معتقا وامها حرة الاصل لا يكافيها العتق لان فيه اثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت امها حرة الاصل كانت هي ايضا حرة الاصل وفي المجتبى معتقة الشريف لا يكافيها معتق الوضيع واعلم انه لا يبعد كون من اسلم بنفسه كفوا لمن عتق بنفسه **قوله** وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة فسر به ليعلم ان المراد به التقوى لا اتفاق الدين لان تفاصيله تعرف في نكاح اهل الشرك ولا كونه مكافيا باسلام نفسه وابيه وجده لانه من قبلهما **قوله** هو الصحيح اي الصحيح اقتران قول ابي حنيفة وابي يوسف فانه روي عن ابي حنيفة رح انه مع محمد رح ورجحه السرخسي وقال الصحيح من مذهب ابي حنيفة ان الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في الدين وقال اذا كان الفاسق ذا مروة كاعوان السلطان والمباشرين المكتبة وكذا عنه ان كان يشرب المسكر سرا ولا يخرج وهو سكران يكون كفوا والا لا وحينئذ الاولى كونه هو الصحيح احترازا عما روي عن كل منهما انه لا يعتبر والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للاولياء فسخه وان كان من خواص السلطان **قوله** وقال محمد رح لا يعتبر الا اذا كان يصفع

وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل
البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر
القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة
ومحمد رح حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف
رح لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رح وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان
وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف
الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الاخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها

شئ ويخرج سكران لانه من احكام الاخرة فلا تبتنى عليه احكام الدنيا وفي كون هذه قاعدة ممهدة نظر اذ لم يظهر وجه الملازمة والحق انه قد وقع
والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على احكام الاخرة وعدمه على انا لم نبن الا على امر دنيوي وهو ما ذكره من ان المراة تعير بفسق الزوج
فوق ما تعير بضعة نسبه يعني تعيرا اشكالها من بنات الصالحين وفي المحيط الفتوى على قول محمد وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية الموافقة
لقول محمد عن ابي حنيفة ولو تزوجها وهو كفو في الديانة ثم صار داعرا لا ينفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح **قوله** وهو اي اعتبار
الكفاءة في المال هو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وتقييده بظاهر الرواية احتراز عما سنذكره في الكفاءة في الغنى بالنسبة الى قول ابي حنيفة
ومحمد فان ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره وبين ان المراد بالمهر ملك ما تعارفوا تعجيله وان كان كله حالا ففي المجتبى قلت في عرف اهل
خوارزم كله مؤجل فلا تعتبر القدرة عليه ولم يبين المراد بملك النفقة واختلف فيه قيل المعتبر ملك نفقة شهر وقيل ستة اشهر
وفي جامع شمس الائمة سنة وفي المجتبى الصحيح انه اذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفوا ومعناه منقول عن ابي يوسف
قال اذا كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها باليد ويكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفوا لها وفي غريب الرواية للسيد ابي شجاع جعل الاصح
ملك النفقة شهر وفي الذخيرة ان كان تجد نفقتها ولا يجد نفقة لنفسه فهو كفو والا لا يكون كفوا وان كانت فقيرة انتهى وفيه نظر ثم هذا اذا كانت
تطيق النكاح فان كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفو وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها **قوله** ويعد المرء قادرا بيسار ابيه وجده وجدته ولا تعتبر
القدرة على النفقة بيسار الاب **قوله** فاما الكفاءة في الغنى يعني بعد ملكه للمهر والنفقة قيل يعتبر مكافاتها اياه في غناها قال معتبرة في قول ابي حنيفة
ومحمد لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بان الاصح ان ذلك لا تعتبر لان كثرة المال مذمومة وفي شرح الكنز لا يعتبر بالمساواة
في الغنى هو الصحيح وعن ابي حنيفة ومحمد في غير رواية الاصول ان من ملكهما لا يكون كفوا للفائقة في الغنى وليس بشئ فنص على ان ما في الهداية
غير رواية الاصول وكذا في الدراية قال وهذا القول منهما في غير رواية الاصول وفي كتاب النكاح لا تشترط القدرة الا على المهر والنفقة
وفي بعض الشروح انه خلاف ظاهر الرواية ولهذا لم يذكره في المبسوط عن الاوائل قال وبعض المتاخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما صح
عن ابي يوسف بنفيه **قوله** وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان اظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفوا للعطار وهو رواية
عن محمد وعنه في اخرى الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن ابي يوسف والظاهر
الروايتين عن محمد فصار عن كل منهم روايتان الظاهر عن ابي حنيفة عدم الاعتبار والظاهر عن محمد كذلك الا ان يفحش وهو الرواية عن
ابي يوسف فما قدمناه عن شيخ الاسلام حيث قال فيه الا حاكة او حجاما يفيد اعتبارها في الصنائع لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي وهو ان
الصناعات المتقاربة اكفاء كالبزاز والعطار بخلاف المتباعدة وعد الحياكة مع الدباغ والحجام والكناس قال وهو لا بعضهم اكفاء لبعض ولا يكافئون
سائر الحرف ولم يذكر خلافا فكان ظاهرا في ان الظاهر من قول ابي حنيفة اعتبار الكفاءة واليه ذهب بعض الشارحين قال ولذا قال الشيخ
ابو نصر بعد ان اثبت اعتبارها وعن ابي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع وانما قلنا لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي لان حقيقة الكفاءة
في الصنائع لا تتحقق الا بكونهما من صناعة واحدة وفي المحيط وغيره وههنا خساسة هي اخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكرية وتابعا
وان كان ذا مروءة ومال قيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمن ابي حنيفة لا تعد الدناءة في الحرفة منقصة فلا تعتبر وفي زمنهما تعد فتعتبر والحق اعتبار

قال وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد رح على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولأبي حنيفة رح أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية لأنه لا يتعير به وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولأبي حنيفة رح أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية هي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز قال رضه وهذا عند أبي حنيفة رح لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

ذلك سواء كان ذلك هو المبني أو لا فإن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه وعلى هذا ينبغي أن يكون الحائك كفوا للعطار بالإسكندرية لما هناك من حسن اعتبارها وعدم عدها نقصا البتة اللهم إلا أن يقترن به خساسة غيرها **قوله** وإذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها فالثابت إلزام أحد الأمرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما عن هذا ما في فتاوى النسفي لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر مثلها لأن الثابت لهم ليس إلا أن يفسخ أو يكمل فإذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ واعلم أن المدار التسمية حتى لو تمت مهر مثلها ولم تأخذه بل أبرأت لا اعتراض عليها ثم قال المص وهذا الوضع أي قولنا إذا تزوجت ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض وقال محمد مع أبي يوسف ليس لهم ذلك ومعناه يجب تبقية العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فإنما يصح من محمد على اعتبار رجوعه إلى ذلك لما أنه تقدم عنه أنه لا يصح مباشرتها بنفسها بل هو موقوف على إجازة الولي قال وهذه شهادة على رجوعه صادقة وأورد عليه أنه إنما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فإنه لو أذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسألة على قول محمد وكذا لو أكره السلطان امرأة ووليها على أن يزوجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول فلم يكن هذا الوضع دالا على رجوع محمد إلى قولهما انتهى ولا شك أن قولنا إذا تزوجت ونقصت لا ينقص عند محمد عام في الصور على ما هو حال أسماء الشرط فباعتبار عمومه تكون شهادة صادقة وعليه مشى المص وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه أعم منها لا تكون شهادة وعليه مشى المعترض والأصل خلافه إلا أن يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه فتوجيه الاعتراض أن يقال يجب حمله على كذا الصورة المذكورة فلا يكون فيه شهادة على ذلك وإنما يجب هذا الحمل لأن المذكور هو المذكور في الجامع الصغير ورجوعه مروي أنه قبل موته بسبعة أيام وهو الذي يشير إليه قول المص وقد صح ذلك ومعلوم أن تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق أنه رجع ولا شهادة في هذه **قوله** وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولزم عند أبي حنيفة رح سواء كان الغبن فاحشا أو قليلا ويثبت المال كله في ذمة الصغير في الثانية لا في ذمة الأب سواء كان الأب موسرا أو معسرا فيقضيه من مال الصغير وقالا لا يجوز الزيادة والنقص إلا بما يتغابن فيه وعلى هذا الخلاف [illegible] بغير كفو ويجب أن يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة أما فيها فلا لما قالوا لو كان الأب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد باطلا على قول أبي حنيفة على الصحيح ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم أنه شرير فاسق ظاهر سوء اختياره ولأن ترك النظر هنا مقطوع به فلا يعارض ظهور إرادة مصلحة تفوق ذلك نظرا إلى شفقة الأبوة وما في النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر أنه يشرب المسكر فإذا هو مدمن له وقالت لا أرضى بالنكاح يعني بعد ما كبرت إن لم يكن يعرفه الأب بالشرب وكان غلبة أهل بيته صالحين فالنكاح باطل لأنه إنما زوج على ظن أنه كفو ليفيد خلافه أو يقتضي أنه لو عرف الأب بشربه فالنكاح نافذ وهو ينافي ما قرره من أن الأب إذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير الكفو والجواب أنه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلا يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع أنه لم يتحقق للناس كون الأب العاقد معروفا بمثله **قوله** ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما أي قولهما لا يجوز هل معناه نفي صحة العقد أو نفي صحة التسمية والعقد صحيح فيتراد إلى مهر المثل قيل بالأول وقيل بالثاني واختار المص الأول لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بإيجاب المال عوض نفسها ناقصا والبطالة بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمأمور بالعقد بشرط لا يصح عقده إذا لم يجبر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رح لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رح يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجاز المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا

بغبن فاحش في مالها فانه يجاب بالمال عوض نفسها نافيا اولى لعدم النفاذ واذا كان بحيث لو زوج امتهما بغبن فاحش في مالهما لا يجوز فتزويجها كذلك اولى لعدم الجواز ولابي حنيفة ان النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار امر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وادخال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد وامر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا يعتبر دليله فيتعلق الحكم عليه ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية الى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهر بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الام وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك وعلى هذا انبنى الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت واجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا مجيز له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفؤ ولذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار والمجانة والفسق كان العقد باطلا على قول ابي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح اما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا لامر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال فلذا لا يجوز تزويجه امتهما بغبن فاحش لانه اضاعة مالهما لان المهر ملكهما ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر اليه فلا يعول عليه ويدل على ذلك تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي بار بعمائة درهم ولا شك في انه دون مهر مثلها لانها اشرف النساء فيلزم اما ان لا مهر اكثر منه بل الا وهو اقل منه او انها مهر مثلها والاول منتف فلزم الثاني وهذا موقوف على ثبوت ان تزويجه صلى الله عليه وسلم اياها كان قبل البلوغ والا لا يفيد وقد يقال اذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة اعني قرابة الاب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لان المظنة يجوز التعليل بها مع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك والجواب ان المظنة ما يغلب معها الحكمة ان لم تلزم فالمعروف بذلك ح ليس مظنة والحاصل انه تخصيص العلة او القول ان العلة مجموع قرابة الاب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه ومسئلة تزويج الاب بنته من غير كفؤ حيا او غيره قدمناها والوجه من الجانبين واحد

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها من احكام الولي والفضولي ويبقى الرسول نذكره بعد ان شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير انها تستفاد من المولى على نفسه كانت ثانية للولاية الاصلية فاوردها ثانية في التعليم لباب الاولياء ثم ذكر ما غيرها من الفصول لتاخره عنهما لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الولي المحرم فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الاصل في السبب غير ان ابتداءه بالولي ان نظر فيه الى انه اقوى ناسب الابتداء به وان نظر الى ان عقد الاصل للوكيل اولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل **قوله** ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه الصغيرة بغير اذنها والبالغة باذنها فيقول اشهدوا اني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان او زوجتها من نفسي وقال زفر رح لا يجوز واذا اذنت المرأة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر رح والشافعي رح لا يجوز وصورتها ان يقول اشهدوا ان فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني ان ازوجها من نفسي وقد فعلت ذلك فلو لم ينسبها الى الجد ولم يعرفها الشهود ففي التفاريق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى وفي النوازل قال لا يجوز النكاح لان الغائب انما يعرف بالتسمية الا يرى انه لو قال تزوجت امرأة وكلتني لا يجوز وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة تزويجها من نفسه وذكر الخصاف رجل خطب امرأة فاجابته وكرهت ان يعلم اولياؤها فجعلت امرها في تزويجها الى الخاطب فاتفقا على المهر فكره الزوج تسميتها عند الشهود قال يقول اني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت امرها الي بان اتزوجها فاشهدكم اني تزوجت المرأة التي

فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رحمه الله تصرفات
الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف

امرتها الى على صداق كذا فينعقد النكاح قال شمس الائمة الحلواني الخصاف كبير في العلم وهو ممن يقتدى به وقال في التجنيس وذكر في المنتقى
ان مثل هذا التعريف يكفي وعلى هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فعن الحسن ولبشر يجوز وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود
والاولى اقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لان الشرط ليس شهادة تعتبر للاداء ليشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ثم رأيت
في التجنيس الذي هو المختار ان الحاضرة تعرف بالاشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها وهذا كله اذا لم يعرفها الشهود اما اذا كانوا يعرفونها
وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح اذا عرف الشهود انه اراد المرأة التي يعرفونها لان المقصود من التسمية التعريف وقد حصل
انتهى وبقولنا قال مالك رحمه الله واحمد وسفيان الثوري وابو ثور والظاهرية وقوله من نفسه احتراز عما لو وكلته ان يزوجها مطلقا فانه لو زوجها
من نفسه لا يجوز وكذا لو وكلت اجنبيا او وكل امرأة بان تزوجه فزوجته من نفسها لا يصح ايضا ولزفر والشافعي ان الواحد لا يتصور على البناء
للفاعل ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضاد حكمي التمليك والتملك ويوافقه الاثر وهو ما روي
عنه صلى الله عليه وسلم كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل الا ان الشافعي يقول على احد الوجهين في الولي ضرورة
اذ لا يتولاه غيره فلو منع من تولي شطريه امتنع اصلا لانه لو امر غيره بتزويجها منه كان قائما مقامه فانتقلت عبارته اليه لتكلمه هو بنفسه
فلا فرق فيه في التحقيق وهذا الاستثناء جار على اعتقاد المصنف ان الشافعي يقول في المسألة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف
فيها على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها ايضا لانه لا تثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور ان يجيز تزويج ابن العم
بنت عمه من نفسه والذي يجيزه الشافعي من تولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكا ومتملكا فلا يصح مستثنى
ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام انه لا يصح المباشر مملكا ومتملكا لشئ الا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه منتف ولنا
ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر حتى لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل على ما نذكر ولا ترجع حقوق العقد اليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليمه
الزوجة بخلاف البيع لا يصح ان يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشتري فانه فيه مباشر ترجع الحقوق اليه ويستغني عن الاضافة
والواحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين والتمانع انما هو في الحقوق لا في نفس التلفظ فالذي يرجع اليه لا امتناع فيه والذي فيه الامتناع
لا يرجع اليه ولا انتقال لكونه معبرا بعبارة الغير يكون ذلك العقد قائما باربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الاثر واعلم انه يستثنى
من مسألة الوكيل بالبيع من الجانبين الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه او اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى ان هذا على التشبيه
والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى
القبول بعده وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان قال شيخ الاسلام خواهر زاده وهذا اذا ذكر لفظا هو
اصيل فيه اما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفي فان قال تزوجت فلانة كفى فان قال زوجتها من نفسي لا يكفي لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهي
ما ذكرناه آنفا صريحة في نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس ايضا في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنت اخيه من ابن اخيه
فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج ان يقول قبلت وكذا كل من يتولى طرفي العقد اذا اتى باحد شطري الايجاب يكفيه ولا يحتاج الى الشطر الآخر لان
اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين **قوله** فان كل عقد كالبيع والاجارة ونحوهما صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة فاذا اجاز

صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد

من له الاجازة تثبت حكمه مستندا الى العقد فسر المجيز في النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا او وكيلا او اصيلا وقال في فصل بيع الفضولي من النهاية الاصل عندنا ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن تبطل والشرط اذا وجد نفاذا انفذ على العاقد الا توقف بيانه الصبي اذا باع ماله او اشترى او تزوج او زوج امته او كاتب عبده ونحوه يتوقف على اجازة الولي في حالة الصغر فلو بلغ قبل ان يجيزه الولي فاجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبي امرأته او خلعها او اعتق عبده على مال او دونه او وهب او تصدق او زوج عبده او باع ماله محاباة فاحشة او اشترى باكثر من القيمة ما لا يتغابن فيه او غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ولو اجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ اوقعت ذلك الطلاق والعتاق انتهى وهذا يوجب ان يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولي اذ لا توقف في هذه الصورة وان قبل فضولي آخر او ولي لعدم قدرة الولي على امضائها ولو اراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغي ان يقول له مجيز وهو من يقدر على انفاذه ليصح جواب المسئلة اعني قوله العقد موقوفا لان الصبي في الصورة المذكورة فضولي ولو قبل بعقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على انفاذه وعلى هذا لا يكون العقد شاملا لليمين لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته ان يقول اجنبي لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فانت طالق فانه يتوقف على اجازة الزوج فان اجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت فدخلت بعدها طلقت كذا في الجامع وفي المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج اجزت الطلاق علي فهو جائز ولو قال اجزت هذه اليمين علي لزمته اليمين لا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الاجازة وعرف مما ذكرنا ان الصبي اذا تزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبي العاقل من اهل العبارة غير انه محتاج الى رأي الولي فالصواب ان يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء ويندرج المخاطب في ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولي فان اسم العقد لا يتم الا بالشطرين او ما يقوم مقامهما فعلى هذا قوله ما لا مجيز له اي ما ليس من يقدر على الاجازة يبطل كما اذا كان تحته حرة فزوجه الفضولي امة او اخت امرأته او خامسة او زوجه معتدة او مجنونة او صغيرة يتيمة في دار الحرب او اذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الامضاء حالة العقد لان دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليمكن تزويج اليتيمة وكان كالمكان الذي في دار الاسلام ليس له حاكم ولا سلطان فانه ايضا يتعذر تزويج الصغار فيه اللاتي لا عواصب لهن فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فاجاز لا ينفذ الا اذا كان فيجب ان يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ولا يلزم على هذا المكاتب اذا تكفل بمال ثم اعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يؤخذ بها بعد الحرية وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها وكذا اذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم اجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وكذا الوصي بعبد بماله ثم عتق فاجاز الوصية يصح لان الكفالة التزام المال في الذمة وذمته قابلة للالتزام لكن لا يظهر في الحال لحق المولى فاذا زال المانع بالاعتاق ظهر موجبها والتوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما ينعقدان بلفظ الاجازة والانشاء لا يستدعي عقدا سابقا وكذا لو قال الآخر اجزت ان تطلق امرأتي او ان تعتق عبدي او ان تكون وكيلي او ان تكون مالي وصية كان توكيلا ووصية بخلاف غيرها من التصرفات او قال اجزت عتق عبدي او ان تكون فلانة زوجتي او ان يكون مالي لفلان لا يتم ثم شرع يستدل على توقف عقد الفضولي فقال ان ركن العقد وهو الايجاب والقبول صدر من اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله وهو غير المحرمات في الحال ولا ضرر في انعقاده على التوقف لان الضرر في ابرامه بدون اختيار من له الاجازة فوجب ان ينعقد موقوفا على الاجازة حتى اذا رأى من له الاجازة المصلحة فيه ينفذه والا تركه فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد وما فيه مصلحة وهو توقفه على الاجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة بل هو الثابت فكان تصرف الفضولي هذا من باب الاعانة

ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هى التى قالت جميع ذلك وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولى والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما فى البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واختاه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به

على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفو والمهر وجبر السلعة فوجب اعتباره على الوجه الذى قلنا لانه داخل فى عموم فعل الخيرات وقد يتراخى حكم العقد عن العقد كما فى البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشترى الى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه فى الحال على عقد الفضولى لا يوجب بطلانه والاولى ان يقال عقد يرجى نفعه ويستعقب حكمه ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى اذا راى الحظ فى ذلك لا يقدر على اثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل اذا ليس من مصلحة وانما قلنا هذا لان قوله صدر من اهله مضافا الى محله ويقول الشافعى ان اريد اهل العقد فى الجملة فمسلم ولا يفيد وان اريد بذا العقد الذى فيه هو فضولى فممنوع بل اهله من له ولاية اثبات حكمه **قوله** ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة يعنى الغائبة من غير اذن سابق منها له فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فقبل آخر فبلغها فاجازت جاز وان لم يقبل احد لم يجز وكذلك ان كانت هى التى قالت جميع ذلك يعنى يكون العقد باطلا اذا قالت اشهدوا انى قد تزوجت فلانا يعنى الغائب من غير اذن سابق له منه فبلغه الخبر فاجاز وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجتها منه فقبل آخر عن الغائب فبلغه فاجاز جاز وان لم يقبل احد عن الغائب لم يجز وان اجاز هذا عند ابى حنيفة ومحمد رح يعنى هذا التفصيل وقال ابو يوسف فيهما يجوز اذا اجاز الغائب وان لم يقبل احد وبقيت صورة ثالثة هى ان يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فضوليا من الجانبين ان قبل منه فضولى آخر توقف اتفاقا والا فعلى الخلاف فتحصل ست صور ثلاث اتفاقية وهى قول الرجل تزوجت فلانة والمرأة تزوجت فلانا والفضولى زوجت فلانا من فلانة وقبل آخر فيها وثلث خلافية هى هذه اذا لم يقبل احد ثم قال وحاصل الخلاف الخ يعنى اصل الخلاف اختلافهم فى ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب او وكيلا او وليا وقيده بعضهم بما اذا تكلم بكلام واحد اما اذا تكلم بكلامين فانه يتوقف بالاتفاق ذكره فى شرح الكافى والحواشى ولا وجود لهذا القيد فى كلام اصحاب المذهب بل كلام محمد على ما فى الكافى للحاكم ابى الفضل الذى جمع كلام محمد مطلق عنه واصل المبسوط خال عنه قال ويجوز للواحد ان ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين اذا كان وليا لهما او وكيلا ولا يجوز ذلك اذا كان وليا او وكيلا لاحدهما دون الآخر او لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما وعبارة المبسوط ايضا كذلك وانما هو من التصرفات والظاهر ان منشاه ما نقل من المبسوط من ان اصل الخلاف فى هذه الصور ان شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول ابى يوسف اولا ثم قال آخرا يتوقف فاخذ منه ان الفضولى لو تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق يعنى انه حينئذ عقد لا شطر وان الخلاف فيما اذا تكلم بكلام واحد وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الاطلاق وتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضوليا من الجانبين وقوله فى الهداية فى وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح فى ان عدم توقف الشطر اتفاقى لان الالتزام لا يقع لا بمتفق والا لم يصح فيخالف ما فى المبسوط وهو الراجح لانه لا يعلم خلاف فى انه اذا اوجب احد المتعاقدين البيع والنكاح فلم يقبل الآخر فى المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق على ان شطر العقد لا يتوقف والا لجاز ان يقبل فى مجلس آخر فيتم النكاح والبيع عند ابى يوسف رح وليس كذلك والحق ان مبنى الخلاف فى ان ما يقوم بالفضولى عقد تام وشطره فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تمام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين **قوله** هو يقول لو كان مامورا من الجانبين نفذ اتفاقا وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع كلامه مقام كلامين فاذا كان فضوليا من الجانبين يتوقف لانه لا فارق الا وجود الاذن وعدمه واثره ليس الا فى النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف وحاصله قياس صورة عدم الاذن على صورة الاذن فى كونه عقدا تاما اذ ثبت ثبوته لازمه وهو التوقف بالغاء الفارق **قوله** وصار كالخلع يعنى من جانبه والطلاق والاعتاق على مال

ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق

قياس على صور اخرى ما اذا قال خالعت امراتي او طلقتها على الف وهي غائبة فبلغها فاجازت جاز وكذا اعتقت عبدي على الف فبلغه فاجاز جاز كالاولى ولنا ان القائم به شطر العقد وشطره لا يتوقف اما الثانية فبالاتفاق واما الاولى فلانه شطر حالة الحضرة اي خطاب الحاضر وقبوله فكذا حالة الغيبة لانه لا فرق بحال الا ان يتكلم بكلامين حالة الغيبة وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما الا ان كون كلامي الواحد عقدا تاما هو كونه اثره مامورا من الطرفين او من طرف وله ولاية الطرف الآخر وهذا لان العقد عبارة عن كلام اثنين متبادلين وكلام الواحد ليس كلام اثنين الا حكما لانه نائب او ولاية له ولا اذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به فتضمن هذا التقرير منع كون الاذن ليس اثره الا في النفاذ بل تاثيره في النفاذ يستلزم تاثيره في كونه عقدا تاما وفي كون كلامه كلامين لتوقف النفاذ على ذلك ولو سلم عدم تاثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما الا ان كون الكلام عقدا تاما لازم شرعي مساو للنفاذ فلا اذن في الفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوي بخلاف الخلع واختيه لانه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لانه تعليق الطلاق والعتق بقبولها المال فيتم به اذ ليس عقدا حقيقيا وكذا لو كانت هي الخاطبة بان قالت خالعت زوجي على الف لم يتوقف لانه من جانبها مبادلة وعورض بانه لو كان تعليقا لم يبطل لكنه يبطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول بطل وليس لها ان تقبل بعده اجيب لا يلزم من كونه تعليقا ان لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله انت طالق ان شئت تقتصر على وجود المشية في المجلس وهذا مثله **فروع** للفضولي في النكاح ان يفسخه قبل الاجازة عند ابي يوسف رح حتى لو اجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول ابي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد رح ويفرق بان حقوق العقد في البيع ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح هذا وتثبت الاجازة باجزت ونحوه بلا خلاف وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا واحسنت واصبت على المختار واحتماله الاستهزاء لا ينفي ظهوره في الاجازة وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه وكذا اذا هناه فقبل التهنية لانه دليل الرضا وكذا اذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها لعبده لان تمرده يقتضي حمله على ما يناسبه من المتاركة وسياتي الكلام فيه ولو زوجه الفضولي اربعا في عقدة وثلاثا في عقدة فطلق واحدة من فريق كان اجازة لنكاح ذلك الفريق لان الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فانكر ثم طلقها او قالت لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح الصحيح لان دعواها لم يظن كونها كذبا وتمردا ليكون ظاهرا في المتاركة بخلاف ما لو باشره العبد بلا اذن سيده وقوله بالفارسية باك نيست اجازة على ما اختاره ابو الليث لانه يستعمل للاجازة ظاهرا وتشكل في ذلك في المراة وقبول المهر اجازة وقبول الهدية ليست باجازة لانه لا يتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر

فصل في الوكيل

قوله ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه ثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما هذا شروع في مسائل الوكيل ولا تشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل وانما ينبغي ان يشهد على الوكالة اذا خيف جحد الموكل اياها قوله لم تلزمه واحدة منهما يعني اذا لم يعينها للوكيل وكانه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك اما اذا عينها فزوجه اياها مع اخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة ولو زوجه اياهما في عقدتين لزمت الاولى وتوقف الثانية لانه فضولي فيه ولو امره بثنتين في عقدة فزوجه واحدة جاز بخلاف ما لو امره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لان الحاجة في البيع تعلقه الرخص فاعتبر تقييده وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر الا ان قال لا تزوجني الا امراتين في عقدة واحدة ثم افاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى تنفيذ احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فيتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لانها عدم لزوم واحدة منهما الا للزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها اذ له ان يجيز نكاحهما او نكاح احدهما ولا هو لازم كما ذكره بل اللازم عدم

ومن امره امير بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزويج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو والله اعلم

امكان تنفيذه وتقييده بما نهاه وعينا فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احدهما بالتفسير عينها والبيان الى الزوج ثم رجع لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط واذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فلنذكر من فروعه فالوكيل اذا خالف الى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده وليس منه ما اذا امره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس نكاحا لانه لا يفيد حكمه وهو الملك واما العدة فبالدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما بل للفعل اذا لم يتمحض زنى بخلاف البيع الفاسد فانه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه الى البيع الصحيح خلافا الى خير فيلزم وليس منه ما اذا وكله بالنكاح بالف فلم ترض المراة حتى زادها الوكيل ثوبا من مال نفسه فانه لا ينفذ والنكاح موقوف على اجازة الزوج لانه خلاف الى ضرر لان الثوب لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لانه متبرع ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك الا بعد الدخول فهو بالخيار ولا يكون الدخول بها رضا بما صنع الوكيل لانه لم يعلم فان فارقها بعد الدخول فلها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك بخلاف ما لو امره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ولو امره ببيضاء فزوجه سوداء او على القلب او من قبيلة فزوجه من اخرى او بامة فزوجه حرة لا يجوز ولو زوجه مدبرة او مكاتبة او ام ولد جاز **قوله** ومن امره امير ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا والتقييد بالامير مطلقا وان كان امير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق اولى فحاصل المسئلة اذا امر غيره بتزويجه فزوجه امراة لا كفاءة فيه ولا تهمة ولو زوجه امة لغيره او عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقا وقيل هو قوله خلافا لهما ولو زوج وكيل المراة المراة غير كفو قيل هو على الخلاف وقيل الصحيح انه لا يجوز اتفاقا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان المراة تعير بغير الكفو فيتقيد اطلاقها به بخلاف الرجل فانه لا يعير بعدم كفاءتها له لانه مستفرش والطى لا يغيظه دناءة الفراش اما لو كانت امة للوكيل فلا يجوز للتهمة ولهذا لو وكل امراة فزوجته نفسها او وكلت رجلا فزوجها من نفسه لا يجوز وكذا اذا زوج وكيل الرجل ابنته او بنت ولده او بنت اخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة ولهما ان المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج بالاكفاء قلنا العرف مشترك اي الواقع من اهل العرف تزوجهم بالمكافيات وغير المكافيات فليس مخصصا بتزويج المكافيات لينصرف الاطلاق اليه او عرف عملي فلا يصلح مقيدا للفظ اذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم اليه لفظ يقيده ولا يخفى ما في هذا الوجه وقولهم في الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة يفيده فليست العادة الا عرفا عمليا فالاولى الاول قال الاسبيجابي قولهما احسن للفتوى واختاره الفقيه ابو الليث وقد يكون في سكوت الشيخ عقيب قوله وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت الاستعانة في التزوج بالمكافية اشارة الى اختيار قولهما لان الاستحسان مقدم على غيره الا في المسائل المعلوم والحق ان قول ابي حنيفة رحمه الله ليس قياسا لانه اخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في اي الاستحسانين اولى وفي وجه الاستحسان المذكور دفع لقول من قال من المشايخ ان هذه المسئلة دلت على ان الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال اذ ظهر ان قولهما ليس بناء عليه بل على ان الظاهر ان الاستعانة لا تحصل الا لتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم لان كل احد يقدر على ذلك هذا ولو كيل بتزويج امراة بعينها تملكه بالغبن اليسير اجماعا والفاحش عنده خلافا لهما والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا ان التهمة

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح

في حق الوكيل بالنكاح منتفية بسبب عدم استغنائه عن اضافة العقد الى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير بخلاف الشراء فانه يستغني فيه عنه فتمكنت تهمة انه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله لموكله ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح الا ان يجيزه وكذا ان سمى الوكيل مثلا الفا فزوجه باكثر فان دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لان هذا الدخول ليس رضا لانه على اعتبار ان الوكيل لم يخالف اذ لم يعلم بخلافه بخلاف لما علم فدخل بها فان فارقها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل فان كان الوكيل او الرسول ضمن المهر واخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر لزم الوكيل او الرسول نصف المهر وليس له ان يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لانه لما لم يمتثل صار فضوليا ولو كانت هي الموكلة وسمت الفا مثلا فزوجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل ان اقر الزوج ان المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار ان شاءت اجازت النكاح بدينار وان شاءت ردته ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة عدة لها لانها لما ردت تبين ان الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة وان كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها فان ردت فباقي الجواب بحاله قال المصنف في التجنيس يجب ان يحتاط في مثل هذا الامر لانه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه اولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها الوكيل ويكون القول قولها فترد النكاح وكذا هذا في سائر الاولياء اذا كانت المرأة بالغة وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل اصل المبسوط قال اذا ارسل الى المرأة رسولا حرا او عبدا صغيرا او كبيرا فهو سواء اذا ابلغ الرسالة فقال ان فلانا يسألك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها زوجته وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فان ذلك جائز اذا اقر الزوج بالرسالة او قامت عليه بينة فان لم يكن احدهما فلا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ولا يخفى ان مثل هذا بعينه في الوكيل ثم ذكر في الرسول فروعا كلها تجري في الوكيل الا ما ننبه ثم ذكرنا الفوائد قال ولو ان كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد امرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان اقر بذلك او ثبت او بينة والضمان لازم للرسول ان كان من اهل الضمان فان جحد ولا بينة بالامر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لانه مقر بانه امره بذلك وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح قال وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رحمه الله على الوكيل المهر كله لان جحود الزوج ليس بفرقة وهذا يبين لك ان لا فرق في هذه الاحكام بين الرسول والوكيل ثم قال في المبسوط فقيل ما ذكرنا هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وهناك قول محمد وابي يوسف الآخر بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا عنده فيعتد بالفرقة قبل الدخول ويسقط نصف المهر وعلى قول محمد رحمه الله لا ينفذ باطنا فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لاقراره به وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره للنكاح ليس طلاقا فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه هذه انه انكر وجوبه عليه وهو يملك اسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكتسبه فيجعل مسقطا فيما يكنه قال فان كان الرسول قال لم يأمرني ولكني ازوجه واضمن عنه المهر ففعل ثم اجاز الزوج جاز ولزم الزوج الضمان لان الاجازة كالاذن في الابتداء وان لم يجز لم يكن على الرسول شيء لان اصل السبب قد انتفى برده وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل

باب المهر حكم العقد يستعقبه في الوجود فعقبه اياه في البيان ليحاذي بتحقيقه التعليمي تحقيقه الوجودي قوله ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لا خلاف في ذلك لان النكاح عقد انضمام يعني ليس ماخوذا في مفهومه المال جزءا فيتم بدونه الا ان قوله عقد لا يستلزمه الا اذا لم يثبت في مفهومه زيادة شروط وهو منتف اذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ويزوج ان المهر ايضا واجب شرعا فيه فاجاب بانه وجب

وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله واقل المهر عشرة دراهم وقال
الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لها لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام لا مهر اقل

شرعا كما في الحديث فاذ دلّ عليه لقوله فلا يحتاج الى ذكره اذا لم يسم اما انه وجب شرعا فلقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم
فقيد الاحلال به واما اعتباره حكما فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فان رفع الجناح عن الطلاق
قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله ثم كان واجبا ليس متقدما وهو الحكم واما انه ابانة لشرفه فلعقلية ذلك اذ لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة والا لوجب
تقديم تسميته فعلمنا ان البدل النفقة وهذا الاظهار خطره ولا يستهان به واذن فقد تأكد شرعا باظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بالزام المهر
فتحصل ان المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك يثبت مهر
المثل عند عدم تسمية المهر **قوله** وكذا اذا تزوج بشرط ان لا مهر لها اي يصح النكاح وفيه خلاف مالك رحمه الله ووجه قوله ان النكاح عقد معاوضة
كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط ان لا ثمن لا يصح فكذا النكاح بشرط ان لا مهر وكان مقتضى هذا ان يفسد بترك التسمية ايضا الا انا تركناه بالنص
السابق ثم بحديث ابن مسعود في المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على ان المهر غير حكما شرعا لا ما تم بدون التنصيص عليه ولا وجود
للشيء بلا ركنه شرطه فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما واذا ثبت به كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لا يفسد النكاح
بخلاف البيع لان الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه وبهذا ظهر ان ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت هذا ويصح الرهن بمهر المثل لانه كالمسمى في كونه دينا
فان هلك ويه وفاء كانت مستوفية فان طلقها قبل الدخول لزمها ان ترد ما زاد على قدر المتعة ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول
فليس لها ان تحبسه بالمتعة في قول ابي يوسف الآخر وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لانها خلفه والرهن بالشيء
يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة ووجه الآخر انها دين آخر لانها ثياب وهي غير الدراهم والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل
لا يكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ما اذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك بل يضمن تمام قيمته ففي قوله الاول
لا ضمان عليها لانها حبسته بحق وفي الآخر تضمن تمامه لانها غاصبة ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها ولكنها في قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفي
قوله الآخر لها ان تطالبه بها **قوله** اقل المهر عشرة دراهم فضة وان لم تكن مسكوكة بل تبرا وانما تشترط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا
لوجود الحد وهذا عندنا وعند مالك رحمه الله ربع دينار وعند النخعي اربعون وقال الشافعي واحمد رحمه الله ما يجوز كونه ثمنا لانه حقها اذ جعل بدل بضعها ولذا
تتصرف فيه ابراء واستيفاء فيكون التقدير اليها ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيه كم سقت اليها قال وزن
نواة من ذهب فقال بارك الله لك اولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلاثة وثلث وقيل النواة فيه نواة التمر وعن
جابر رضي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا او تمرا فقد استحل رواه ابو داود ولان قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم
محصنين يوجب وجود المال مطلقا فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وانتم تمنعونه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رضي الا لا
لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة رواه الدارقطني والبيهقي وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب
الجمع فيحمل كلما افاد ظاهره كونه اقل من عشرة على انه المعجل وذلك لان العادة عندهم كان تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض العلماء الى انه
لا يدخل بها حتى يقدم شيئا لها نقل عن ابن عباس رضي وابن عمر رضي والزهري وقتادة رضي تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس رضي ان عليا
لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يدخل بها فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال

من عشرة دراهم لانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة

اشتبها او درعا فاعطها اياه ثم دخل بها لفظ ابي داود ورواه النسائي ومعلوم ان الصداق كان اربعمائة درهم وهي فضة لكن المختار الجواز قبله
لما روت عائشة رضي الله عنها قالت امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا رواه ابو داود فيحمل المنع المذكور على
الندب اي ندب تقديم شيء ادخالا للمسرة عليها تألفا لقلبها واذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعا بين الاحاديث وكذا يحمل
امره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على انه تقديم شيء تألفا ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك رواه ابو داود وهو محمل رواية
الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فانه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات قيل لا تعارض ليحتاج الى الجمع فان حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن
ارطاة وهما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده وهو ما عن علي رضي الله عنه قال لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر اقل من عشرة دراهم
رواه الدارقطني والبيهقي وقال محمد بلغنا ذلك عن علي ثم عبد الله بن عمر وعامر وابراهيم ورواه باسناده الى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهذا من المقدرات فلا يدرك الا سماعا لكن فيه داود الاودي عن الشعبي عن علي وداود هذا ضعفه ابن حبان والحق ان وجود ما ينفي
بحسب الظاهر تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث التمس ولو خاتما من حديد وحديث جابر من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا الحديث وحديث
الترمذي وابن ماجه انه صلى الله عليه وسلم اجاز نكاح امرأة على نعلين صححه الترمذي وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم ادوا العلائق قيل وما العلائق
قال ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من اراك وحديث الدارقطني عن ابي سعيد الخدري عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يضر احدكم بقليل من ماله تزوج او بكثير بعد الجوزي
ان يشهد الا انها مضعفة ما سوى التمس فحديث من اعطى فيه اسحق بن جبريل قال في الميزان لا يعرف وضعفه الازدي ومسلم بن رومان
مجهول ايضا وحديث النعلين وان صححه الترمذي فليس بصحيح فيه عاصم بن عبيد الله قال ابن الجوزي قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش
الخطأ فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن السلماني قال ابن القطان قال البخاري منكر الحديث ورواه ابو داود في المراسيل وفيه محمد بن
عبد الرحمن بن ابي ليلى ضعيف وحديث الخدري فيه ابو هارون العبدي قال ابن الجوزي عن حماد بن زيد كان كذابا وقال السعدي مثله مع احتمال كون قيمة ابان
النعلين تساوي عشرة وكون العلائق يراد بها النفقة والكسوة ونحوها الا انه اعم من ذلك واحتمال التمس خاتما في المعجل وان قيل انه خلاف الظاهر
لكن يجب المصير اليه لانه قال فيه بعده زوجتكها بما معك من القرآن فان حمل على تعليمها اياه ما معه او نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله
تعالى بعد عد المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين فقيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له والا لم يقبل
ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعي في دلالته لا منسوخ للقطعي فيستدعي ان يكون قطعيا فاما اذا كان خبرا واحدا فلا فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر
ثابت بناء على ما مهد من ان لزوم تقديم شيء اولى به كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن يبقى كون الحمل على ذلك عن الا بخبر واحد لم يصح عند المحدثين
يستلزم الزيادة على النص لانه يقتضي تقييد الاحلال بمطلق المال فالقول بانه لا يحل الا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وانه لا يجوز فان قيل
قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم ثم ذلك المعين مجمل
فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما افاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على انه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كلا من النفقة
والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا وكون المهر ايضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله خالصة لك يعني نفي المهر خالصة لك وغيرك
قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير النص ره في تقدير المهر قياس حاصله المهر حق الشرع بالآية

ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان التسمية لما لم يصلح مهرا صار كعدمها
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة
لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض
اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وعنده تجب المتعة كما اذا لم
يسم شيئا ومن سمى مهر العشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل

وسببه اظهار الخطر للبضع على ما تقدم ومطلق المال لا يستلزم الخطر لكونه حقيرة وكسرة وقد عهد في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بماله خطر وذلك
عشرة في حد السرقة فيقدر به في استباحة البضع وهذا في رد المختلف فيه الى المختلف فيه فان حكم الاصل ممنوع فانهم لا يقدرون نصاب السرقة
بعشرة وايضا المقدر في الاصل عشرة مسكوكة او ما يساويها ولا يشترط في المهر ذلك فلو سمى عشرة تبرا تساوي تسعة مسكوكة جاز اللهم الا
ان يحمل استدلالا على انه مقدر خلافا للشافعي رحمه الله في نفيه **قوله** ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل قياسا على عدم التسمية
بهذا التسمية الاقل لتسمية ما لا يصلح مهرا وتسمية ما لا يصلح كعدمها فتسمية الاقل كعدم التسمية وعدم التسمية فيه مهر المثل فتسمية الاقل فيه مهر المثل
وقولنا استحسان وله وجهان احدهما ان العشرة في كونها صداقا لا تتجزى شرعا وتسمية بعض ما لا يتجزى تسمية لكله فهو كما لو تزوج نصفها
او طلق نصف تطليقة حيث ينعقد ويقع طلقة فكذا التسمية لبعض العشرة والثاني وهو المذكور في الكتاب حاصله ان في المهر حقين حقها وهو
ما زاد على العشرة الى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة وللانسان التصرف في حق نفسه بالاسقاط دون حق غيره فاذا رضيت بما دون العشرة
فقد اسقطت من الحقين فيعمل في ما لها الاسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه فايجاب
الزائد بلا موجب فان قيل القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لانه معارضة قلنا ابطاله ان التشبيه المذكور اما في الحكم ابتداء بان يدعى
اندراج لتسمية ما لا يصلح في عدمها فثبوت الحكم فيه اعني وجوب مهر المثل ح بالنص والاجماع دون القياس ح يمنع الاندراج واما في الجامع
فهو القياس ليثبت حكم الجامع في محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع او قياس الشبه الطردي باطل ولا يعلم ما هو الا ان يعينه عدم
القدرة على تسليم شيء اذ لا قدرة على تسليم المعدوم بوجه ومح يمنع كلية الكبرى لان عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحتشاوان علينه بفوات
الخطر الذي وجب لاجله المهر على ما قررتم قلنا فيجب ما يتحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب واما افساد المص لقول زفر لاعتبر
لعدم التسمية الخ يعني لا نسلم ان كلا لا يصلح مهرا يكون كعدم التسمية في ايجاب مهر المثل لان عدمها يصار الى ان يكون لرضاها بالغير مهر
فانه قد يكون لطلبها مهر المثل لمعرفة انه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لانها قد ترضى لبعد منه تكرما على الزوج ولا ترضى
بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد الى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع
فيه ظهور ذلك والا لترك التسمية راسا لان زيادة التسمية ح تكلف امر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع انه مختلف في كون
حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل بل الظاهر انها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الاصل فيه والا لكان
اقرب مع انه لم يمس المبنى ثم فرع على الخلاف فقال ولو طلقها قبل الدخول اي في صورة تسمية ما دون العشرة ولها خمسة عند علمائنا الثلاثة
لان موجب هذه التسمية عشرة وعنده المتعة وفي المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول
فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا او موزونا لان تقدير المهر باعتباره
عند العقد وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت
في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا تعتبر قيمته وقت القبض انتهى وعلم مما ذكر ان المراد ثوب بغير عينه
اما لو كان بعينه فانها تملك بنفس العقد كما سيعلم **قوله** فلها المسمى ان دخل بها الخ هذا اذا لم تكسد الدراهم المسماة فان كان تزوجها على الدراهم

وبه يتاكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة وفيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله

التي هي العقد البلد فلكسدت وصار النقد غيرها فانما على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما سيعرف **قوله** وبه يتاكد البدل اي يتاكد لزومه فانه كان قبل لازما لكن على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة **قوله** والشيء بانتهائه يتقرر لان انتهاءه عبارة عن وجود تمامه فيستعقب مواجبه الممكن الزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة ويعلم من هذا الدليل ان موتها ايضا كذلك فالاقتصار على موته اتفاق ولا اختلاف للاربعة في هذا سواء كانت حرة او امة **قوله** وان طلقها قبل الدخول والخلوة اي بعد ما سمى فلها نصف المهر ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الى ملك الزوج وعندنا لا يبطل ملك المراة في النصف الا بالقضاء او الرضاء لان الطلاق قبل الدخول اوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فاولى ان لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو اعتق الزوج الجارية المهر بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمراة نفذ عتقه في نصفها عنده وعندنا لا ينفذ في شيء منها ولو قضاء القاضي بعد عتقه بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد اذا اعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد ولو اعتقها المراة بعد الطلاق نفذ في الكل وكذا ان باعت او وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي عندنا واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطيت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى بالوطي في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول كمن تزوج بكرا فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول فلا يوجب الا نصف المهر عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح كماله واختلف الرواية عن ابي يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع ابي حنيفة **قوله** والاقيسة فيه متعارضة جواب عن سؤال تقديره ان الآية وهي قوله تعالى فنصف ما فرضتم عام في المفروض اعلى حكم التنصيف وقد خص منه ما اذا كان المفروض نحو الخمر وما اذا سمى بعد العقد الخالي عن التسمية فانه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فجاز ان يعارضه القياس ان وجد وقد وجد وهو انه في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كاعتاق المشتري العبد المبيع او اتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى او يقال فيه رجوع المبدل اليها سالما فكان كما اذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الاقيسة متعارضة فان مقتضى الاول وجوب المسمى تمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء اصلا فتساقطا فبقي النص على ما كان عليه فكان المرجع اليه وعلى هذا يسقط ما اورد من ان مقتضى العبارة ان المصير الى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لان ذلك في نص لا يعارضه القياس ومن ان القياسين اذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في احدهما لان ذلك فيما اذا لم يكن عموم نص يرجع اليه لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لان تمام معنى الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فتوجيه السؤال بان النص قد خص وقياس الطلاق قبل الدخول على اتلاف البيع ونحو ذلك يوجب ان لا يجب شيء باطل لانه رح نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص اذ لم يبق تحت النص على ذلك التقرير شيء وليس نسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض باخرجه من الاخراج وتقريره لا على انه جواب سوال يرد عليه ما ذكرنا انه يسقط على ذلك التقرير فلم يكن حاجة في الاستدلال سوى التعرض للنص الا ان يكون قصد ذكر الواقع في نفس الامر **قوله** وشرط يعني القدوري رح في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول ان يكون قبل

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رح لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر

المعادة لانها كالابدال عنه تاكد تمام المهر بها **قوله** وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ الى قوله ان وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا سواء كان نفي المهر او سكت عنه او سمى في العقد شرطا رد شيء من جنسه وصورته تزوجها على الف على ان ترد اليه الفا صح ولها مهر مثلها بمنزلة عدم التسمية لان الالف تقابله فتبقى النكاح بلا تسمية بخلاف ما لو تزوجها على الف على ان ترد عليه مائة دينار جاز وتقسم الالف على مائة دينار ومهر مثلها فما اصاب الدنانير يكون صرفا ويشترط فيه التقابض وما يخص مهر المثل يكون مهرا فان طلقها قبل الدخول ردت نصف ذلك على الزوج وان كانت قيمة الالف لان المقابلة ههنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس تكون المقابلة باعتبار القيمة ولو تفرقا قبل التقابض بطل حصة الدنانير من الدراهم وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف اقل من عشرة كمل لها عشرة ومن صور وجوبه ان يتزوجها على حكمها او حكمه او حكم آخر لانه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا ان في الاضافة الى نفسه ان حكم لها بقدر مهر المثل او اكثر صح او دونه فلا الا ان ترضى واليها ان حكمت بمهر مثلها او اقل جاز او اكثر فلا الا ان يرضى والى الاجنبي ان حكم لها بمهر المثل جاز لا بالاقل الا ان ترضى ولا بالاكثر الا ان يرضى وكذا اذا تزوجها على ما في بطن جاريتها او اغنامها لا يصح بخلاف خلعها على ما في بطن جاريتها ونحوه يصح لان ما في البطن بعرضية ان يصير مالا بالانفصال وان لم يكن مالا في الحال والعوض في الخلع يحتمل الاضافة كالخلع بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله ومثله ما يخرج نخله وما يكتسب غلامه **قوله** او مات عنها وكذا اذا ماتت هي يجب ايضا مهر المثل لورثتها **قوله** وقال الشافعي رح يعني في قول عنه لا يجب في الموت شيء للمفوضة وهو قول مالك رح في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا **قوله** واكثرهم اي اكثر اصحابه **قوله** لان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء اي بعد التسمية ولا يخفى ان هذا الاستدلال يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثر ولان عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة حسبها الميراث ولنا ان سائلا سال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن صورة موت الرجل فقال بعد شهر اقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمن ابن ام عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله عنه بريئان ارى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل ابن سنان ابو الجراح حامل راية الاشجعين فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امراة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك هذا ففرح ابن مسعود رح فرحا لم يسر مثله قط بعد اسلامه وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروى بفتحها هكذا رواه اصحابنا رح وروى الترمذي والنسائي وابو داؤد هذا الحديث بلفظ اخصر وهو ان ابن مسعود قال في رجل تزوج امراة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثله هذا لفظ ابي داؤد وله روايات اخر بالفاظ قال البيهقي جميع روايات هذا الحديث واسانيدها صحاح والذي روي من رد علي رض فلمذهب تفرد به وهو تحليف الراوي الا ابا بكر الصديق رض ولم يحد الرجل ليحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك وممن انكر ثبوتها عنه الحافظ المنذري **قوله** ولنا ان المهر وجب حقا للشرع اي وجوبه ابتداء حق الشرع لما ذكرنا ثم انما يصير حقها في حالة البقاء اي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعا حق اخذه فتتمكن رح من الابراء المعادة حقها دون نفيه ابتداء لانه لم يجب **قوله** ثم هذه المتعة اي متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد واجبة عندنا وعند الشافعي واحمد رح وخصها احترازا عن غيرها من النساء فان المتعة لغيرها مستحبة الا من سنذكره وقوله رجوعا الى الامر هو قوله تعالى ومتعوهن عقيب قوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة اي ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف الى المطلقات قبل الفرض والمسيس بخلاف المدخول بها فان المتعة

فيه خلاف مالك رح والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رض
قوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رح في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملاً بالنص
وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل

ان تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول
فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رح الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رح لانه مفروض
فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما
الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف **قال** فان زادها في المهر بعد العقد

تجب لها فرض لها او لا **قوله** وفيه خلاف مالك فمذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور الا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض
ان تجيء الفرقة من جهتها في جميع الصور ووجه قوله تعليقه بالمحسن اعني الامر المذكور لقوله سبحانه عقيبه حقاً على المحسنين وهم المتطوعون فيكون ذلك
قرينة صرف الامر المذكور الى الندب والجواب منع قصر المحسنين على المتطوع بل هو اعم منه ومن القائم بالواجبات ايضاً فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفاً
الامر عن الوجوب مع ما انضم اليه من لفظ حقاً وعلى **قوله** والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة قدر بها لانها اللبس الوسط لانها
تصلي وتخرج غالباً فيها وفي المبسوط كسوة المتعة درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء
والشعبي وحيث قدر بهذه مع فهم اللغة يعرف منه ان لفظ متعة لا يقال في اعطاء الدراهم بل فيما سواها من الاثاث والامتعة وهو المتبادر الى الفهم
ايضاً فلا يقدر بالدراهم وان لم يمتنع ان يقع على الدراهم ايضاً لان الشأن في المتبادر من اللفظ وعن الشافعي رح تقديرها بثلاثين درهماً الا باجتهاد الحاكم وانما
يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين او حالهما لان الاثواب معتبرة بحالها على ما هو الاشبه بالفقه لان في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة
وهو منكر بين الناس فقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير اليه قول القدوري من كسوة مثلها وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فانها انما
تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلفه وهكذا في النفقة والكسوة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطاً فمن القز وان كانت
مرتفعة الحال فمن الابريسم واطلاق الذخيرة كونها وسطاً لا غاية الجودة ولا غاية الرداءة لا يوافق رأياً من الثلاثة الا اعتبار حاله او حالها او حالهما
وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المصنف وصححه عملاً بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقد يقال ان هذا ينافض قولهم ان المتعة لا تزاد
على نصف مهر المثل لانها خلفه فان كانا سواء فالواجب المتعة لانها الفريضة بالكتاب العزيز وان كان نصف مهر المثل اقل من المتعة فالواجب الاقل
الا ان ينقص عن خمسة فيكمل لها الخمسة وهذا كله ذكره في الاصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها وهذا لان مهر المثل هو العوض الاصلي لكن تعذر تنصيفه
لجهالته فيصار الى المتعة خلفاً عنه فلا يجوز الزيادة على نصف المهر ولا ينقص عن الخمسة لان اقل المهر عشرة ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لانه يسقط بالطلاق
قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك واجيب بان النكاح الذي فيه التسمية في المال اقوى من نكاح لا تسمية فيه وفي الاقوى لا يجب بالطلاق
قبل الدخول اكثر من نصف ما كان واجباً قبله فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل بتمامه وبالطلاق قبل الدخول
على نصفه ثم لا تجب المتعة الا اذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والايلاء واللعان والجب والعنة وردته وآبائه وتقبيله امها او ابنتها
بشهوة وان جاءت من جهتها فلا تجب كردتها واباؤها وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وكما لا تجب المتعة
بسبب مجيء الفرقة من قبلها لا تستحب لها ايضاً لجنايتها ومقتضى هذا ان لا تستحب في خيار ها فينبغي ان يقال بجنايتها او رضاها به واستحباب المتعة لايجابها بالطلاق
وكذا الوفسخه بخيار البلوغ او اشترى هو او وكيله منكوحته او باعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة وكل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم
التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجوده وفي كل موضع تجب فيه يجب والواجب بالعقد هو المسمى او مهر المثل ان لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط
نصفه وقيل كله ثم يجب النصف بطريق المتعة **قوله** وعلى قول ابي يوسف الاول اشارة الى ان قوله الاخر كقولهما **قوله** فيتنصف بالنص يعني قوله تعالى
فنصف ما فرضتم فانه يتناول ما فرض في العقد او بعده بتراضيهما او بفرض القاضي فان لها ان ترفعه الى القاضي ليفرض لها اذا لم يكن فرض لها في العقد **قوله**
ان هذا تعيين لمهر المثل وذلك لان هذا العقد حين انعقد موجباً لمهر المثل لان ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر او ثبوت الملزوم لا يتخلف عنه

نصف العوض

لزمته الزيادة خلافا لزفر ره وسنذكره فى زيادة الثمن والمثمن انشاء الله واذا صحت الزيادة تسقط
بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابى يوسف ره اولا تتنصف مع الاصل لان التنصف عندهما يختص

بثبوت اللازم فاذا كان الثابت به لزوم مهر المثل تنصف اجماعاً فلا يتنصف ما فرض بعد العقد والفرض المنصف فى النص اعنى قوله تعالى فنصف ما فرضتم يجب حمله على المفروض فى العقد بالضرورة لانا لما بينا ان المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المراة وان الاجماع على عدم تنصفه لزم بالضرورة ان المتنصف بالنص ما فرض بالعقد على ان المتعارف هو الفرض فى العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق انه اوجبه فى العقد فيتقيد كذلك نصف ما فرضتم ضرورة ان المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع فى العقد وهذا من التقييد بالعرف العملى بعد ما مر منه فى الفصل السابق حيث قال او هو عرف عملى ولا يصلح مقيدا اللفظ وقد بينا ان الحق التقييد به وفى الغاية والدراية لا يتناول غيره اى غير المفروض فى العقد اذ المطلق لا عموم له وليس بشئ لان المطلق المتعرض لمجرد الذات يتناول المفروض على اى صفة كانت سواء كان فى العقد او بعده بتراضيهما او بفرض القاضى عليه لو رافعته ليفرض لها فالصواب ما ذكرنا من ان المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وان الفرض لتعيين كميته ليمكن دفعه وهو لا يتنصف اجماعاً فتعين كون المراد به فى النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بيناه ولان غيره غير متبادر لندرة وجوده **فرع** لو عقد بعد التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد ولا شفعة فيها للشفيع لما قلنا ان المفروض بعده تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها ان ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان مسمى فى العقد ثم باعها به الدار فان فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر وان طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق **قوله لزمته الزيادة خلافا لزفر** والشافعى ره لانها لو صحت بعد العقد لزم كون الشئ بدل ملكه قلنا اللزوم متفرع على تقدير الالتحاق باصل العقد وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها والدليل على الصحة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فانه يتناول ما تراضيا على الحاقه واسقاطه ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على الف فان قبلت لزمت والا فلا لان هذه زيادة وقبولها شرط فى اللزوم ويناسب هذه مسئلة التواضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا فى السر على مهر وعقدا فى العلانية باكثر منه ان اتفقا على ان العلانية هزل فالمهر مهر السر وان اختلفا فادعى الزوج المواضعة وانكرت فالقول لها هذا ان اتحد الجنس فان اختلفا فانه ينعقد بمهر المثل ولو عقدا فى السر بالف واظهرا الفين فكذلك ان اتفقا على المواضعة فالمهر ما فى السر وان اختلفا فالقول للمراة فى دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية الا ان يكون اشهد عليها او على وليها الذى زوجها منه انه مهر السر واقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقدا فى السر بالف ثم عقدا فى العلانية بالفين واشهدا ان العلانية سمعة فالمهر ما فى السر وان لم يشهدا قال الصدر الشهيد عند ابى حنيفة ره المهر مهر السر وعندهما مهر العلانية وذكر القاضى الامام ابا يوسف مكان محمد وجعل محمدا مع ابى حنيفة قال لو تزوج امراة بالف ثم جدد بالفى درهم اختلفوا فيه ذكر خواهر زاده ان على قول ابى حنيفة ومحمد لا تلزم الالف الثانية وعلى قول ابى يوسف يلزمه الالف الثانية وذكر فى المحيط قول ابى يوسف مع ابى حنيفة وفى شرح الطحاوى تزوجها على الف ثم الفين لا يثبت الثانى خلافا لابى يوسف وعلل عدم الثبوت بانهما قصدا اثبات الزيادة فى ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة فاتفقت هذه النقول على ان قول ابى حنيفة عدم الثانى وعلى عكس هذا حكى الخلاف فى الكافى الشيخ حافظ الدين قال تزوجها على مهر فى السر بشهادة شاهدين على الف ثم تزوجها فى العلانية بالفين فمهرها الفا درهم ويكون هذا زيادة فى المهر عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف المهر هو الاول وهذا هو ظاهر المنصوص فى الاصل وعليه مشى شمس الائمة ان عند ابى حنيفة ره المهر مهر العلانية قال فى المبسوط اذا تعاقدا فى السر بالف واشهدا انهما يجددان العقد بالفين سمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثانى بعد الاول لغو وبالاشهاد علمنا

بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت
عنه من مهرها صح الحط لان المهر حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته
وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر

انما قصدا الهزل بما سمياه فيه وان لم يشهدا على ذلك فالذي اشار اليه في الكتاب المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا هذا عند ابي حنيفة فاما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه ايضا من الزيادة يلغو وعن عند ابي حنيفة رحمه الله ان العقد الثاني ان كان لغوا فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني لما لغى صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد وعنده وان لغى صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق انتهى كلام شمس الائمة وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني قوله اشار في الكتاب اي ان المهر مهر العلانية هو والله اعلم اطلاق اعتبار العلانية في الاصل فان عبارته فيه اذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية باكثر منه يؤخذ بالعلانية فالتسمية في العلانية يشمل ما اذا اشهدا على ان العلانية هزل غير مقصود واذا لم يشهدا على ذلك وما اذا كان التسمية ليس في ضمن عقد بل مجرد اظهار على ما هو عكس اول صور المواضعة ونبهنا عليه او في ضمنه فما اخرجه الدليل خرج ويبقى الباقي ولا اختلاف في اعتبار الاول اذا شهدا على هزلية الثاني واعترفا به مطلقا فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعترفا به مما هو في ضمن عقد ثان مراد اتفاقا وظاهر هذا انه لا خلاف فيه بينهم لكنه والله سبحانه اعلم ذكر عصام ان عليه الفين ولم يذكر خلافا وان ذكر في المحيط عنه انه ذكر في كتاب الاقرار انه لا يثبت الزيادة فاما اذا حكى المشائخ الخلاف يجب كون المذكور قول ابي حنيفة البتة لان وضع الاصل لافادة قوله وكان القاضي الامام قاضي خان انما افتى بانه لا يجب بالعقد الثاني شيء الا اذا عنى به الزيادة في المهر لما علم انه علة اعتبار العلانية فيما اذا جدد ولم يشهدا كونه زيادة لكن الاوجه الاطلاق فان ذلك يقتضي ان يسال الزوجان عن مرادهما قبل الحكم وقد ينكر الزوج القصد ويفتح باب الخصومة من غير حاجة الى ذلك لانه اذا كان الثابت شرعا جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادرا من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه بل يجب انه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك نعم ويحتال ايضا انه يجب الالفان مع الالف السر فتجتمع عليه ثلاثة آلاف لان الاول قد ثبت وجوبه ثبوتا لا مرد له والمفروض كون الثاني زيادة فيجب بحاله مع الاول ومن ثم ذكر في الدراية عن شرح الاسبيجابي جدد على الف ثبت التسميتان عند ابي حنيفة وعندهما لا يثبت الثانية وكذا لو راجع المطلقة بالف وفي النوازل عن الفقيه ابي الليث رحمه الله اذا جدد يجب كلا المهرين وتوجيه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار ارادة الاول ضمن الكلام الثاني لان الظاهر كون المقصود تغيير الاول الى الثاني والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والاطلاق لتفرع عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه اذا لم يشهدا من حيث الحكم ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الامر ولا شك انما يلزم عند الله تعالى اذا قصد الزيادة فاما اذا لم يقصدا حتى كانا هازلين في نفس الامر فلا يلزم عند الله شيء حتى لا يطالب به في القيامة ويلزم ذلك في حكم القاضي لانه يؤاخذه بظاهر لفظه الا ان يشهدا على خلافه وما قيل انه لا يجب المهر الثاني الا اذا كانت قالت لا ارضى بالمهر الاول او ابرأته ثم قالت لا اقيم معك بدون مهر فاما اذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي وحاصله اعتبار قرينة ارادة الزيادة واختلافهم فيما اذا كان التجديد بعد هبتها المهر الاول انه هل وجوب الثاني على الخلاف او ان الاتفاق على عدم موجبه غير بعيد اذ قد يخال كون الزيادة يستدعي قيام المزيد عليه وبالهبة انتفى قيامه فلا يتحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه وقد يقال انما يستدعي دخوله في الوجود لا بقاءه الى وقت الزيادة فيصلح منشأ للخلاف في ثبوته على الخلاف او عدم ثبوته بالاتفاق وفي الفتاوى امرأة وهبت مهرها من زوجها اشهدا ان لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه والمختار عند الفقيه ابي الليث ان اقراره جائز اذا قبلت ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما امكن وقد امكن بان يجعل كانه زاد لها

لان المعقود علیه انما یصیر مستوفی بالوطی فلا یتأکد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حیث رفعت الموانع وذلك وسعها فیتأکد حقها فی البدل اعتبارا بالبیع وان کان احدهما مریضا او صائما فی رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او کانت حائضا فلیست الخلوة صحیحة حتی لو طلقها کان لها نصف المهر لان هذه الاشیاء موانع اما المرض فالمراد منه ما یمنع الجماع او یلحقه به ضرر وقیل مرضه لا یعری عن تکسر وفتور

فی المهر وانما شرطنا القبول لان الزیادة فی المهر لا تصح الا بقبول المراة انتهی والخلاف المشار الیه بقوله والمختار فرع الخلاف الذی قبله لانه فی صورة تبینها المهر والقید وهو قبول المراة صحیح لا یخالف المنقول عن ابی حنیفة وذلك لان المنقول هو ما اذا جددا وعقدا ثانیا باکثر مما ینبئ اجتماعهما علی الامر الثانی وذلك یفید قولهما الثانی بلا شبهة بخلاف هذه الصورة فان المذکور فیها ان الزوج اقر او شهد ونحوه وهو لا یستلزم ذلك **قوله** لان المعقود علیه وهو منافع بضعها انما یصیر مستوفی بالوطی ولا یجب کمال البدل قبل الاستیفاء ولا یجب کمال المهر قبل **قوله** ولنا انها سلمت المبدل الخ یتضمن منع توقف وجوب الکمال علی الاستیفاء بل علی التسلیم **قوله** اعتبارا بالبیع والاجارة یعنی ان الموجب للبدل تسلیم المبدل لا حقیقة استیفاء المنفعة کالبیع والاجارة الموجب فیهما التسلیم وهو رفع الموانع والتخلیة بینه وبین المسلم الیه وان لم یستوف المشتری والمستاجر منفعة اصلا فکذا فی المتنازع فیه یکون تسلیم البضع بذلك بل اولی واما قوله تعالی وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فریضة فالمجاز فیها متحتم لانه اما حمل المس علی الوطی کما یقول فهو من اطلاق اسم السبب علی المسبب والاوجه انه من اطلاق اسم المطلق علی اخص بخصوصه وان حمل علی الخلوة کما نقول فمن المسبب علی السبب اذ المس مسبب عن الخلوة عادة وکل منهما ممکن وترجح الثانی بموافقة القیاس المذکور والحدیث وهو قوله صلی الله علیه وسلم من کشف خمار امراة او نظر الیها وجب الصداق دخل بها او لم یدخل رواه الدارقطنی والشیخ ابو بکر الرازی فی احکامه وقد یقال یجب ان لا یعتبر منا خلاف الاول مجازا لا مجاز یعم الحقیقة والخلوة لا تصدق علی الجماع فلا یکون المس مجازا فیهما والالزم انه لو طلقها وقد وطیها بحضرة الناس وجب نصف المهر لانه طلقها قبل الخلوة والفرض انها المراد بالمس فی النص وهو باطل فلا یحمل علی الخلوة ویجاب بان ثبوت الکمال فی الصورة بالاجماع للاجماع علی انه تسلیم المبدل مع ادعاء الاجماع علی وجوب کماله بالخلوة کما نقله الشیخ ابو بکر الرازی فی احکامه حیث قال هو اتفاق الصدر الاول وحکی الطحاوی فیه اجماع الصحابة وقال ابن المنذر هو قول عمر رضی الله عنه وعلی وزید بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضی الله عنهم اجمعین ویوافقه قوله تعالی وکیف تاخذونه وقد افضی بعضکم الی بعض اوجب جمیع المهر بالافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول فی الفضاء قاله الفراء فیکون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذی هو معنی النص مخصوصا اخرج منه الصورة التی اوردناها والدلیل علی وجوب التخصیص الاجماع المذکور ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنا بامراة فتزوجها وهو علی بطنها فعلیه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزویج قبل تمام الزنا والمهر المسمی بالنکاح لان هذا یزید علی الخلوة **قوله** وان کان احدهما مریضا شروع فی بیان موانع صحة الخلوة وعبارة شرح الطحاوی فیه جامعة قال الخلوة الصحیحة ان یخلو بها فی مکان یامنان اطلاع الناس علیها کدار وبیت دون الصحراء والطریق الاعظم والسطح الذی لیس علی جوانبه ستر وکذا اذا کان الستر رقیقا او قصیرا بحیث لو قام انسان یطلع علیها وان لا یکون مانع من الوطی حسا ولا طبعا ولا شرعا انتهی ومن فصل الموانع ذکر منها الرتق والقرن والعفل وان تکون صغیرة لا تطیق الجماع او هو صغیر لا یقدر علیه قال بعضهم یشتهی ویتحرك آلته ینبغی ان یجب کمال المهر واذا کان معهما ثالث استوی منعه لصحة الخلوة بین ان یکون بصیرا او اعمی یقظان او نائما بالغا او صبیا یعقل لان الاعمی یحس والنائم یستیقظ ویتناوم فان کان صغیرا لا یعقل او مجنونا او مغمی علیه لا یمنع وقیل المجنون والمغمی علیه یمنعان وزوجته الاخری مانعة الیه رجع محمد رحمه الله والجاریة لا تمنع وفی جوامع الفقه جاریته تمنع بخلاف جاریتها وفی شرح المجمع فی امته روایتان والکلب العقور یمنع وغیر العقور ان کان لها منع او له لا یمنع وعندی ان کلبه لا یمنع وان کان عقورا الا ان الکلب قط لا یعتدی

هذا التفصيل في مرضها، وأما صوم رمضان فلما يلزمه من القضاء والكفارة، والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء، والحيض مانع طبعا وشرعا، وإن كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المنتقى، وهذا القول في المهر هو الصحيح، وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيه، والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله، وإذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض، بخلاف العنين لأن الحكم أدير على سلامة الآلة، ولأبي حنيفة رحمه الله أن المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد أتت به. **قال** وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل، والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في إبطال حق الغير، بخلاف المهر لأنه مال لا يحتاط في إيجابه، وذكر القدوري رحمه الله في شرحه أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة. **قال** وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا

على سيده وإذا الأعمى من نفسه سيده وعنه ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها إلى مكان خال فهي صحيحة ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام وقال شداد إن كانت ظلمة شديدة صحت لأنها كالساتر على قياس قوله تصح على سطح لا ساتر له إذا كانت ظلمة شديدة والأوجه أن لا تصح لأن المانع الإحساس ولا يختص بالبصر ألا ترى إلى الامتناع بوجود الأعمى ولا إبصار للإحساس ولا تصح في بستان ليس له باب وتصح في محل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وإن كان بها والحجلة والقبة كذلك ولو كانا في مخزن من خان يسكنه الناس فرد الباب ولم يغلق والناس قعود في وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت وإن كانوا مترصدين لا تصح وهذه الموانع من تفصيل الحسي ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند أبي الليث وتصح عند الفقيه أبي بكر وكذا لو كانت نائمة ولو عرفها هو ولم تعرفه هي تصح فرعان الأول لو قال إن خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر الثاني للزوج أن يدخل بزوجته إذا كانت تطيق الجماع ولا تقدير وقدر بالبلوغ وبالتسع واعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الأحكام تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة و[illegible] ومراعاة وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الإحصان وحلها للأول والرجعة والميراث وحرمة البنات يعني إذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعا وإذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة والاحتياط الواجب في هذه الأحكام وفي شرح الشافي ذكر تزوج البنت على عكس هذا ففيه خلاف وأما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والأشبه وقوعه لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب أن يقع احتياطا **قوله** وهذا التفصيل في مرضها قال الصدر الشهيد هو الصحيح **قوله** وهذا القول أي رواية المنتقى في حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها أما في حق جواز الإفطار فالصحيح غير هذا وهو أنه لا يباح إلا بعذر وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثا أن رواية المنتقى في جواز الإفطار بلا عذر ثم وجوب القضاء أقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المص هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبي حنيفة أنه يمنع لأنه يمنع الجماع ويجعل إجماعا لما فيه من إبطال العمل **قوله** أدير على سلامة الآلة يعطي أن خلوة الخصي صحيحة وهو كذلك بالاتفاق **قوله** والعدة واجبة في جميع هذه المسائل أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل نظرا إلى التمكن الحقيقي وكذا في المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبي سليمان ذكره التمرتاشي إن علم أنه ينزل يثبت وإن علم بخلافه فلا وعليها العدة والأول أحسن وعلم القاضي بأنه ينزل أو لا ربما يتعذر أو يتعسر قال العتابي تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرا أو حقيقة فقيل لو تزوجت وهي متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء **وقوله** والعدة حق الشرع ولذا لا تسقط لو أسقطاها ولا تحل لها أن تخرج ولو أذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد والولد أي وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره فلا يصدقان في إبطالها باتفاقهما على عدم الوطء بخلاف المهر لأنه مال فلا يحتاط في إيجابه غير أن في وجه الاستدلال بالحديث على أنها حق الولد تأملا **قوله** وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي أن المانع إن كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وإن كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل وما قاله قال التمرتاشي وقاضيخان ويؤيده ما ذكر العتابي إلا أن الأوجه على هذا أن يخص الصغير بغير القادر والمرض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما واعلم أن المراد بوجوب العدة بالخلوة إنما هو في النكاح الصحيح أما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول **قوله** وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا أي كل من [illegible] الاستثناء إشكال أما الأول فإن المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهرا داخلة

وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه المتزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وقال الشافعي رح بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

في غير هذه المتعة واجبة لها واما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر في المبسوط والمحيط والمختلف والحصر ان المتعة تستحب لها وهو حسن عن الاول لان الاستحباب يستعمل في الاعم من الوجوب يعني انه بالمعنى اللغوي او هو عام مخصوص بالصور السابقة وقرينة التخصيص ما تقدم ذكره وكان قال وتستحب لكل مطلقة غير تلك وعن الشافعي انه قول القدوري تبعه فيه وفي بعض مشكلات القدوري المتعة اربعة اقسام واجبة وهي ما تقدم ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها لان نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة وقيل الصحيح ان هنا تغيير اوقع من الكاتب فذكر بعضهم ان في بعض النسخ ولم يسم لها مهرا ونقل في الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد قوله وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه وعن احمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم تفصيل مالك وجه قول الشافعي انها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص واما في المدخول بها فلان وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم التسمية للايحاش بالطلاق وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فيجب دفعا للايحاش واما التي لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر لها الثابت بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم بطريق المتعة اي بطريق ايجاب المتعة في غيرها وهو جبر صدع الايحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة اخرى والا تكررت وقوله فسخ مجازا لانه وقع طلاقا حتى انتقص به عدد الطلاق لكنه كالفسخ من جهة انه كالحالة السابقة على النكاح بسبب عود المعقود عليه سالما اليها فلا يلزم كون ما ذكره على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لانه فسخ ثم يجب بطريق المتعة مخالفا لقول المحققين انه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله ايضا قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين خص منها تلك المطلقة بنص فنصف ما فرضتم جعله تمام حكمها وبه يحمل قوله تعالى اذا نكحتم المومنات الى قوله فمتعوهن على غير المفروض لها لتفيد ان نصف مهرها بطريق المتعة قوله ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة بكسر الواو ووقع به السماع لانها مفوضة نفسها او وليها والزوج وبحوز فتحها اي فوضها وليها للزوج وهي التي زوجت بلا مهر مسمى وحاصله منع كون علة الوجوب في الاصل وهي المفوضة الايحاش وابطل مناسبة للعلية آخرا بقوله وهو غير جان في الايحاش لانه باذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لانه اقرب الى نعم من علم انه تعالى اسقطها كان واجبا لها ثم اوجب لها شيئا آخر مكانه وعلم ان لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لا تصلي والفاجرة ولا سقوط في المدخول بها مطلقا فلا تجب لها لانتفاء العلة المساوية ولا نسلم ان ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملحق به المال في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول غير ان بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين اما ان اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن لانهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن او يراد بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها واما غير المدخول بها المسمى لها فمحل الاتفاق وانما يثبت الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وهن مدخولات قوله واذا زوج الرجل ابنته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر اي صداقا فيه وانما قيد به لانه لو لم يقل على ان يكون بضع كل صداقا للآخر او معناه بل قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على ان يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثانية صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف ثم حكم هذا العقد عندنا صحته وفساد التسمية فيجب مهر المثل وقال الشافعي رح بطل العقد بالمنقول

وإن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لأن ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لأنه بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه أو على رعي الزوج غنمها ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لأنه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وأمره

عن المعقول أما الأول فحديث ابن عمر رضي الله عنه أخرجه الستة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من الرجل على أن يزوجه ابنته أو أخته وليس بينهما صداق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا وعنه صلى الله عليه وسلم قال لا شغار في الإسلام والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي إلى كل ولي يزوج موليته على أن يزوجه الآخر موليته كسيد الأمة يزوج أمته على أن يزوجه الآخر موليته كذلك وأما الثاني فإن كل بضع صداق ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل والإطناب في تقريره مستغنى عنه والجواب عن الأول أن متعلق النهي والنفي مسمى الشغار وهو مأخوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا نثبت النكاح كذلك بل نبطله فيبقى نكاحا سمي فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمر أو خنزير فما هو متعلق النهي لم نثبته وما أثبتناه لم يتعلق به بل اقتضت العمومات صحته أعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصلح مهرا فظهر أنا قائلون بموجب المنقول حيث نفيناه وعن الثاني بتسليم بطلان الشركة في هذا الباب ونحن لم نثبته إذ لم نثبته بدون الاستحقاق وقد أبطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر بضعه فبقي كله منكوحا في عقد شرط فيه شرط فاسد ولا يبطل به النكاح بخلاف ما لو زوجت نفسها من رجلين فإن بطلان الاشتراك فيه لم يستلزم بطلان النكاح وإنما استلزامه عدم موجب التعيين لعدم الأولوية **قوله** وإن تزوج حر امرأة على خدمته سنة فلها مهر مثلها وقال محمد رح في الجامع لها قيمة خدمته سنة ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول أبي يوسف فقال الهندواني ينبغي أن يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة وهو الأظهر والإمام يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير **قوله** وقال الشافعي ره لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين أي وجهي حرية الزوج وعبديته **قوله** وكذا المنافع على أصلنا فقصر النظر على هذه النكتة يوجب أن لا يصح تسمية شيء من المنافع وملاحظة **قوله** وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال تقتضي جواز جميع منافع الأعيان ما خلا خدمة الحر ويوافقه عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر وهذا موافق لما في جامع قاضي خان وشرح الشافي لنجم الدين عمر النسفي وما قال في البدائع لو تزوجها على سائر منافع الأعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته والحمل عليها وزراعة أرضه يعني أن تزرع هي أرضه ونحوها من منافع الأعيان مدة معلومة صحت التسمية لأن هذه المنافع أموال أو ألحقت بالأموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وإمكان الدفع ثابت بتسليم محالها الذي فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح وفي النهاية معزيا إلى المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير إلى أنه لا يخدمها لأنه أجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليها مع مخالطته للخدمة وأما أن يكون مراده إذا كان بغير أمر ذلك الحر ولم يجزه وأنت إذا تأملت تعليل محمد ره وجوب قيمة الخدمة بأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلهما نفي ماليته بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال أفيد أنه لو استحق تسليمه التحق بالأموال لكن انتفى ذلك للزوم المناقضة لا تكاد تتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر ثم بعد هذا يجب أن ينظر فإن لم يكن بأمره ولم يجزه وجب قيمتها وإن كان بأمره فإن كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب أن تمنع وتعطى هي قيمتها أو لا تستدعي ذلك وجب تسليمها وإن كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى يصير أحق بها لأنه أجير واحد فإن صرفته في الأول فكالأول أو في الثاني فكالثاني وقد أزال المصنف الريب آخرا بقوله بخلاف خدمة حر آخر فإنه لا مناقضة والحاصل أن ما هو مال أو منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز التزوج عليها وما لا يجوز كخدمة الزوج الحر للمناقضة وحر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الأجرة على ذلك كالأذان والإمامة والحج وعند الشافعي رح يجوز

[illegible] عن التسليم كان المناقضة [illegible] لان المسمى مال [illegible]

[illegible]

انه الاجرة على هذه وتصح تسميتها واختلفت الرواية في رعي غنمها وزراعة ارضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه وكون الاوجه الصحة لقص الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا انما يلزم لو كان الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف **قوله** بخلاف رعي الاغنام لانه ليس انه لم يتمحض خدمة لها اذ العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح مالهما اي يقوم كل بمصالح مال الآخر على انه ممنوع في رواية في الدراية بخلاف رعي الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الاصل والجامع وهو الاصح يعني على ان يرعى لها او يزرع ارضها ويجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا الا يرى ان الابن اذا استاجر اباه للخدمة لا تجوز ولو استاجره للرعي والزراعة تصح انتهى **فرع** واذا اعتق امة وجعل عتقها صداقها كان يقول اعتقتك على ان تتزوجني بنفسك بعوض العتق فقبلت صح العتق وهي بالخيار في تزوجه فان تزوجته فلها مهر مثلها خلافا لابي يوسف له الحديث الصحيح انه صلى الله عليه وسلم تزوج صفية وجعل عتقها صداقها قلنا نص كتاب الله تعالى بعين المال فانه بعد المحرمات احل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين الاية وقول الراوي ذلك كناية عن عدم المهر يعني اعتقها وتزوجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وغاية ما فيه ان ما ذكرناه محتمل لفظ الراوي فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب وان ابت ان تتزوجه لزمها قيمتها ولو كانت الجارية ام ولد فاعتقها على ذلك فابت قال ابو حنيفة رح لا تجب عليها قيمتها لان رقها غير متقوم عنده ولو قالت لعبدها اعتقتك على ان تتزوجني بالف او على ان تعطيني الفا فقبل عتق فان ابى ان يتزوجها فعليه قيمة نفسه وان تزوجها بالف تقسم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها فما اصاب الرقبة فقيمته وما اصاب المهر فمهرها فيتنصف بالطلاق قبل الدخول **قوله** فان تزوجها على الف وحاصل وجوهها اذا تزوجها على مسمى فاما من الدراهم او الدنانير او المكيل والموزون غير المعين بخلاف المعين منهما فانه كالعرض واما من العرض والحيوان معينا او في الذمة ففي الاول ان وهبت الكل او نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا او قبله لم يرجع بشيء خلافا لزفر او بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافا لهما وقالا يرجع بنصف المقبوض كائنا ما كان من النسبة حتى لو كانت وهبته اقل من النصف وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض وعنده يرجع الى تمام نصف الصداق وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقا قبضت او لم تقبض واوجب زفر رح رجوعه بنصف قيمة العرض وجه الاتفاقية في الاول ان المقبوض ليس نفس المهر لانه وصف في الذمة بل شيء تقع به المقاصة فيظهر ان الواصل اليه غير ما استحقه بالطلاق اعني نصف المهر الا يرى ان لها ان تمسك ما اخذته منه وتعطيه غيره اذا طلقها قبل الدخول بعد القبض وتقرير المعنى نظم الى ان الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست الا معينة ويدل على انها ليست عين الواجب كونها لها ان تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق ووجه قول زفر رح في ثاني شقي الاول ان الواصل اليه وان كان نفس الدين لكن وصل اليه بسبب غير الطلاق وهو الابراء كما هو مسبب عن الابراء وغيره مسبب عن الطلاق لما عرف من ان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا اصله حديث لحم بريرة فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل اليه عين ما يستحقه فصارت كالاولى ووجه الاستحسان ان المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالابراء فحين ثبت الطلاق لم يؤثر شيئا لعدم محله فانه شغل الذمة بالمهر وهو محل اثره لانه انما يؤثر في شغل الذمة بالاسقاط فلو اوجب شيئا آخر كما قال انه يرجع عليها بخمسمائة بغير كان ذلك غير موجبه في غير محله وصار كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله ثم حل الاجل لا يجب شيء آخر واذا تاملت هذا التقرير سقط عندك ما تكلف في دفع لزوم اختلاف السبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالاعيان لانها تقبل التغير بتغير صفاتها بخلاف الاوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك

بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل

لاستحالة قيام الصفة بالصفة وهو وقع فاسدا لان ثبوت التمييز شرعا لا يتوقف على ذلك انما هو اعتبار شرعي وقيام الصفة بالصفة بمعنى الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية ثم يمكن جعل قوله في الكتاب انه وصل اليه عين ما يستحقه وهو مراده فمنه من نصف المهر الخ عليه اي عين ما يستحقه ذاتا لا من حيث هو بسبب لا براءة ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فانه لم يؤثر شيئا وجه قولهما في قبض النصف الحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الاصح يعني لو قبضت الكل ثم وهبته لا يرجع بنصفه. لا يخفى ان الملازمة تحكم فان رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل لا البعض بل لانه لم يصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على ان الطلاق قبل الدخول اعادة نصف الصداق الى قديم ملك الزوج فيظهر ان الصداق الدين بذلك مشتركا بينهما يعني تبين ذلك والا فالحال انه كان كله ملكها ظاهرا فاذا قبضت النصف انصرف الى حقها لتكميل او موزعا بين اثنين وهو في يدها فقبض صاحبه لنصفه كان المقبوض حقه فاذا ابرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي او الكل كان الواصل اليها عين ما يستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه فظهر ان الحاقها البعض بالكل بوصف طردي غير مؤثر وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب وقوله والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح يعني فانها لو حطت حتى بقي اقل من عشرة صح ولا يلتحق غيره وتسميته ما دون العشرة في اصل العقد لا تصح وقيده بالنكاح لانه يلتحق في البيع باصل العقد ووجه الفرق ان البيع عقد معاينة ومبادلة مال بمال مرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق باصل العقد ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه وقوله الا يرى ان الزيادة فيه لا تلحق حتى لا تتنصف استيضاح بعدم الالتحاق وهو مشكل فان عدم التحاق الزيادة باصل العقد هو الدافع لقول المانعين لها لو صحت كان ملكه عوضا عن ملكه فاذا لم تلتحق بقي الالزام بلا جواب فالحق انها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ وانما لا تتنصف لان الانتصاف خاص بالمفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف اليها على ما مر وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل الحقت به وان وجه الحاقها بالبيع وهو انه قد يكون خاسرا او زائدا معتبرا بالمشتري فيرد الى العدل يجري في النكاح وخسرانه انه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة اليه فان تزوجها تنقصها عن مهر مثل اخواتها مثلا يعقب الندم لها وزيادته يعقبه له وجه قول زفر رحمه الله في العرض المعين وهو احد قولي الشافعي في الجديد واختاره اكثر اصحابه ان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره من ان السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه كما لو تزوج على عبد الغير فابى سيده ووجه الاستحسان ان الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك اليه فلم يعاود الطلاق ما كان شاغلا لذمتها ليوثر وجوب تفريغها منه عليها على نحو ما سلكت في التقرير السابق وحل كلام الكتاب هنا عليه اسهل مما تقدم قوله بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا اي دراهم ونحوها فان الواصل اليه ليس عين ما يستحقه لعدم تعينها وبخلاف ما اذا باعت من زوجها العرض المذكور فانه وان وصل اليه عين ما يستحقه لكنه ببدل والسالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه وكانه لم يصل اليه شيء ولو كان العرض او الحيوان في الذمة فكذلك الجواب اي لا يرجع عليها بشيء تعينت او لم تعين اما اذا لم تقبض فتقريره تقرير دينا واما ان قبضته ثم وهبته فلان المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها ان تمسكه وتدفع غيره بخلاف المقبوض من الدراهم وانما وقعت هذه المنازعة لان الاصل ان لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء لكنها تحملت في النكاح لجري التساهل في العوض فيه لانه غير المقصود منه فاذا تعين بالتسليم يصير كان العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه اذا استحق كما لو كان معينا في الابتداء فيعطى حكمه فيتأتى خلاف زفر رحمه الله في هذه ايضا لما عرف من اصله وهو اشتراط وصوله اليه من الجهة المستحقة وما ذكر في الغاية قال زفر في الدراهم

ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد

والدنانير المعينة لا يرجع اليها بناء على اصله في تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة الا ان تكون روايتان فيما يتعين واذا انجر الكلام الى شيء مما يتعلق بامهار العرض المعين فهذه فوائد تتعلق به كلها من المبسوط فنقول لا يثبت فيه خيار الرؤية فلو تزوجها على شيء بعينه لم تره فاتاها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده اذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص عن القيمة قدرا لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير اما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في اثباته اذ الفائدة في اثباته التمكن من اعادة العوض الذي قوبل بالمسمى كالمراة في النكاح وهذا يحصل بالبيع لانه ينفسخ بالرد بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المراة بل غاية ما يجب برد المسمى فيه قيمته والقيمة ايضا غير مرئية واما خيار العيب فلثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحا لان السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحا ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فيجب قيمته كالعبد المغصوب اذا ابق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل تجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته وكذا لو استحق هذا اذا كان العيب قائما وقت العقد فان تعيب في يد الزوج قبل التسليم تعيبا يسيرا فليس لها غيره وعن قدره لها الخيار او فاحشا فاما بفعل الزوج فلها الخيار ان تضمنه قيمته يوم تزوجها او تاخذه ويضمن الزوج النقصان لانه اتلف جزءا من الصداق ولو اتلفه ضمنه فاذا اتلف بعضه لزمه قدره وعن ابي حنيفة اذا اختارت اخذه لا تضمنه النقصان واما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير انها لا تضمنه النقصان اذا اختارت اخذه واما بفعل الصداق نفسه ففي ظاهر الرواية هو كالعيب السماوي لان فعله بنفسه هدر وعن ابي حنيفة انه كتعييب الزوج واما بفعلها فتصير قابضة له كله واما بفعل اجنبي فيجب ضمان النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتغير بين ان تاخذه وتضمن الجاني نقصانه او تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني وليس لها ان تاخذ العين وتضمن الزوج النقصان لانه لا صنع منه هذا كله اذا دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ففي السماوي ان شاء ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعذر ردها اياه كما قبضته وان شاء اخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان التعيب بفعل الصداق كالسماوي وكذا بفعلها لانه صادف ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها واذا كان بفعل اجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل جزء من العين فيمتنع تنصيف الاصل واما يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضته وكذا ان تعيب بفعل الزوج لان الزوج بعد تسليمه كالاجنبي في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق فلو كان انما تعيب في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج ان ياخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب تجدد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها او بفعله او بامر سماوي لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان بفعل اجنبي فالارش كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها ووقع في مختصر الحاكم ابي الفضل ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء قال شمس الائمة في المبسوط وهو غلط بل الصحيح في كل فصل ما ذكرنا فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه لم يثبت نسبه لان الاستيلاد في ملك المراة غير صحيح الا ان الحد يسقط عنه للشبهة لان الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطئ في حكم جزء من العين والعقر بدله فاذا طلقها قبل الدخول تنصف الكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية ام ولد للزوج لعدم

وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه

ثبوت نسب ولدها منه ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامنا لانه ما صنع في الولد شيئا انما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما للملك وان ماتت الجارية عند المرأة او قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئا واذ قد انجر الكلام في الزيادة في المهر فلنستوفيه وحاصله من المبسوط ان الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن والجمال وبياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة وذلك كله يسلم لها اذا دخل بها او مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة فاما اذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة او متصلة تتنصف بالطلاق مع الاصل لانه في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجود وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شئ من الثمن عند القبض واما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تتنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول ابي حنيفة وقولهما تتنصف مع الاصل وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يرد الكسب مع الاصل وكذا المبيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري عنده وعندهما للبائع لهما ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون كالولد فكما لا تسلم لها اذا بطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل لانفساخ السبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت او لا فاذا انفسخ سبب الملك في الاصل لا يبقى سببا للملك في الزيادة وحقيقة الوجه لابي حنيفة رحمه الله ان سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الاصل بل ملك الاصل يصير شرطا فسبب ملك الاصل مثلا قبول عقد النكاح وفي الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو اما احتطاب العبد او اجارته نفسه او قبوله الهبة وهذه الاسباب لا تنفسخ بالطلاق غير ان المكتسب اذا لم يكن اهلا للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لو صلة الملك بينهما وقت الاكتساب وبطلان ملكه في الاصل لا يتبين انه لم يخلفه في الملك بذلك السبب وليس الكسب كالزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسري اليه ملك الاصل لا ان يكون مملوكا بسبب حادث الا يرى ان ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصته من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شئ من الثمن وان قبض مع الاصل ولو قبضت الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها تنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول فاما ان تكون غير متولدة او متولدة من العين وهي اما منفصلة او متصلة فان كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها وردت نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها وان الزمها رد الاصل او بعضه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الاصل بعيب يبقى الكسب سالما له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة وان كانت متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليه اذا جاءت الفرقة من قبلها وانما للزوج في الطلاق نصف قيمة الاصل وفي ردتها جميع قيمته يوم دفع اليها في ظاهر المذهب وعلى قول زفر رحمه الله يتنصف الاصل مع الزيادة في الطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لا يتاكد ملكها ما لم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق والكل

وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به

وإذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا إذا قبضها المشتري ثم زادت زيادة منفصلة فإن البائع يستردها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل وعند ردتها يسترد منها الأصل مع الزيادة لأن الردة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد لفساد البيع فيثبت الرد في الأصل والزيادة أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الأصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ويتعذر تنصيف الزيادة فيتعذر تنصيف الأصل وجه ظاهر الرواية أنها ملكت الصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها ثم التنصيف عند الطلاق إنما يثبت في المفروض في العقد وليست الزيادة مسماة فيه ولا حكما إذ لم يرد العقد المستحق بالعقد فيتعذر تنصيفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصيفها فيتعذر تنصيف العين كالزيادة المنفصلة في البيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنه لا يمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع فإذا رجع في الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض فأما البيع والنكاح فمعاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الأصل ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة وإذا تعذر تنصيف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه ولما كان الصداق إنما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض وإن كانت متصلة كالسمن والجمال وانجلاء البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذه والزيادة المنفصلة سواء إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضه وعند محمد وزفر رحمهما الله يتنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة السعر فكذا في الصداق بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمها لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري إلى الزيادة وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأنه لا ينفصل عنها بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان بحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كالبيع ولهما أن هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح لها فيكون سالما لها بكل حال كالمنفصلة وإذا تعذر تنصيف الزيادة تعذر تنصيف الأصل لما قال محمد رحمه الله والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضا عن مال والمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصيف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فإنه يتنصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار نصف الأصل مستحقا عليها فيسري ذلك إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق **قوله** وإذا تزوجها إلخ للمسألة صورتان الأولى أن يسمي لها مهرا ويشترط لها منفعة لها فيه نفع كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضرتها والثانية أن يسمي لها مهرا على

وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل
مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف
وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى
كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رح الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الف
ولا يزاد على الفين واصل المسألة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله

تقدير وآخر على تقدير آخر اما الاولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو انه ان وفى لها فليس لها الا المسمى والا فلها مهر مثلها فلو كان مهر مثلها قدر المسمى
او اقل لا تستحق شيئا آخر وقال زفر ان كان ما ضم الى المسمى مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته والا فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف
فكذا بمنع التسليم اذا شرطها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم وقال الامام احمد رح اذا فات ثبت لها الخيار في الفسخ لانها
لم تتزوجه الا على ملك المرغوب فيه فصار كما اذا باع عبدا على انه خباز او كاتب وهو بخلافه ولقوله صلى الله عليه وسلم حق الشروط ان توفوا به ما استحللتم
به الفروج وجواب زفر ان ايجاب التسليم ليس للتقوم في المضموم بل لعدم رضاها بالالف لا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم
التسمية وفيه مهر المثل وجواب الثاني ان ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او
حرم حلالا وهذه الشروط تمنع التزوج والتسري لو وجب الجري على موجبها فكانت باطلة فلا يؤثر عدمها في خيار الفسخ بل ان في تمت التسمية لرضاها
بها والا اتم لعدم الرضا وفساد العقد ليس لازما لعدم التسمية ولا لعدمها رأسا اذ ليس ذكرها من الاركان ولا الشروط بخلاف البيع فان قيل
ما استدللتم به ليس محل النزاع لان مقتضى الشرط المذكور ان لا يتزوج ما دامت تحته مختارا لعدم دخول خيار الفسخ في يدها واين عدم التزوج مختارا
الا من تحريمه شرطا فالجواب ان الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلا لا يتصور الا على ارادة كونه شرط ترك الحلال او فعل الحرام اذ لو اريد حقيقته
بان ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا واذا عارضه وجب حمل الاحقية المذكورة فيما روي على ما من الحق في نفسه هو المراد به ضد الباطل وهو اعم من
الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب عينا بقي ان يقال اذا ظهر عدم رضاها بالالف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية ولا نظير
للقطع بانها ليست مفوضة بل مما رضيت بتسمية صحيحة معينة وقد قالوا اذا سمي للبكر عند استيذانها مهر فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر
وافرا او لا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه وكون مهر مثلها اصلا لا يستلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوضة او تصرح بالرضا به
والا فقد لا ترضى بمهر المثل لتسميته فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب ان تختار كما اذا زوجت نفسها من غير كفو فانه ينعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ
واما ما ذكر من حمل لفظ احق في الحديث على ما ذكر فبلا موجب لان ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لانه لا يحرم التسري بهذا الشرط بل هو التزام منه
بالتزامه مختارا لاحب الامرين اليه وهو صحبة الزوجة وبهذا لو تسرى لا يقول فعل محرما وهو ادنى من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا يفعله واما الثانية
فكان تزوجها على الف ان اقام بها او ان لا يتسرى وان يطلق ضرتها او ان كانت مولاة او ان كانت عجمية او ثيبا او على الفين ان كان ضد ذلك فان وفى
بالاول او كانت عجمية ونحوه فلها الالف والا فمهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف عند ابي حنيفة وكذا ان قدم شرط الالفين يصح المذكور عنده حتى
لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى او الابناء على انه لا خطر فيها وكذا في المسألة الاولى لان بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقالا الشرطان
جائزان فلها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد على الفين وجه قول ابي حنيفة
انه لا خطر في التسمية الاولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة فاذا وجد شرطها بان اخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى وقد كان ذلك المسمى الاول
ثابتا لان المنجز لا يعدم بوجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة ووجه قولهما انهما معلقان فلا يوجد في
تقدير سوى مسمى واحد ووجه قول زفر رح ان لا تعليق اصلا بل هما منجزان لان ما يضم مع المال انما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا فيفسد للجهالة
واصلها في الاجارات وسنزداد هناك وضوحا ان شاء الله تعالى واعلم انه نقل عن الدبوسي لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة والفين ان كانت

فلو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما اوكس والآخر ارفع فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي حنيفة رح ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج راضي بالزيادة

جميلة يصحان بالاتفاق لانه لا خطر في التسمية الثانية لان احد الوصفين ثابت في نفس الامر جزما غير ان الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطرا بالنسبة الى الوقوع وعدمه واستشكل بان مقتضاه ثبوت صحتها اتفاقا فيما اذا تزوجها بالف ان كانت مولاة او ليست له امرأة وبالفين ان كانت حرة الاصل او له امرأة لكن الخلاف منقول فيهما والاولى ان تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما والله اعلم انه لو كان تزوجها على الف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد بخلاف ما تقدم من كذا وان يطلق فلانة فانه ما لم يطلقها لم تطلق وفي المبسوط لو تزوجها على الف وعلى ان يطلق امرأته فلانة وعلى ان ترد عليه عبدا فقد بذلت البضع والعبد والزوج بدل الالف وشرط الطلاق فيقسم الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صار نصف الالف ثمنا للعبد ونصفها صداقا لها واذا طلقها قبل ان يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل بها نظر ان كان مهر مثلها خمسمائة او اقل فليس لها الا ذلك وان كان اكثر فان وفى بالشرط فطلق فليس لها الا الخمسمائة وان ابى ان يطلق لم يجبر عليه لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها ولو كان تزوجها على الف وطلاق فلانة على ان ترد عليه عبدا وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة البضع والعبد والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخرين فان كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق صداقا لها فاذا طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلته نصف العقد ونصف البضع وان لم يكن العوض مشروطا على المطلقة وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة ولو استحق العبد او هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد وبنصف قيمة العبد ايضا لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق العبد وهلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما تسليمه فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف وههنا المسئلة التي تحاذيها بابا الشفعة والنكاح هي اذا تزوجها على دار على ان ترد الفا تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الالف حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع ان نفاه وهذا بالاتفاق ثم هل تثبت الشفعة بجار هذه الدار فيما مثلا عند ابي حنيفة لا وعندهما نعم اعتبارا البعض المبيع بالكل وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لا حكم نفسه والبيع هنا في ضمن النكاح او العقد بلفظ النكاح فحكمه حكمه ولا شفعة في الدار التي تزوج عليها فكذا في هذه ولو اعتبر البيع اصلا فسد لانه نكاح في ضمن بيع فيفسد للبيع لانه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطا فيه وفي فتاوى الخاصي من علامة النون رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا على ان تدفع اليه هذا العبد فانه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لانها بذلت البضع والعبد بازاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة المبدل فما اصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لانها باعته بشيء مجهول ويصير الباقي مهرا لها وذكر في علامة الواو قال لامرأة اتزوجك على ان تعطيني عبدك هذا فاجابته بالنكاح جاز بمهر المثل فلا شيء له من العبد فلان هذا شرط فاسد واما جواز النكاح فلانه لا يبطل بالشروط الفاسدة انتهى وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها ومقتضى الاول انه تمام مهر المثل بخلاف الاول قوله ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد او على هذا بالالف وهذا العبد وعلى الفين او الف فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما او مثله فلها الاوكس الا ان يرضى الزوج بدفع الارفع فهو لها الا ان ترضى بالاوكس فان كان اكثر من ارفعهما او مثله فلها الارفع الا ان ترضى بالاوكس وان كان مهر مثلها بينهما اي فوق الاوكس ودون الارفع فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع فلو كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقا وكثير على ان منشأ هذا الخلاف في الواجب الاصلي في النكاح فعنده مهر المثل لانه

والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضـ معنى هذه المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير

اعدل اذ هو قيمة البضع لانه متقوم بحالة الدخول بخلاف المسمى فانه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل عنه اليه الا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بادخال كلمة او وعندهما الواجب الاصلي المسمى فلا يعدل عنه الى مهر المثل الا اذا فسدت من كل وجه وهو منتف اذ يمكن ايجاب الاوكس لانه متيقن قياسا على الخلع على هذا العبد او هذا فانه يجب الاوكس فيهما اتفاقا وهذا ان كان منقولا عنهم فلا كلام فيه وان كان تخريجا فليس بلازم لجواز ان يتفقوا على ان الاصل مهر المثل ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة فعنده فسدت لادخال او والتصير الى مهر المثل وعندهما لم تفسد لان التردد بينهما لما تفاوت ورضيت هي بايهما كان فقد رضيت بالاوكس فتعين دون الارفع اذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالاوكس واذا تعين بالعلم يصير الى مهر المثل لان المصير اليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة وصار كالخلع على الف او الفين والاعتاق بان قال اعتقتك على هذا العبد او هذا وقيل فانه يجب الاوكس فيهما وهو يفرق بان تعين الاوكس في ذينك ضرورة ان لا موجب فيهما في حق البدل وانما يجب فيهما بالتسمية وان يلغو كلامهما بالكلية ولا ضرورة هنا لان للنكاح موجبا اصليا فاذا لم يتعين احدهما ردت فيه لا يلزم الالغاء اذ يمكن تصحيحه بمهر المثل هذا بخلاف ما لو خيرتها بان قال على انها بالخيار تاخذ ايهما شاءت او على انى بالخيار اعطيك ايهما شئت فانه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة اما نحن فيه فلانها لو ارادت اخذ الارفع فامتنع تحققت المنازعة اذ ليس الرجوع الى قول احدهما بالاولى من الاخر بخلاف التخيير اذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع احد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لاحدهما جاز بخلاف ما لو اقر بالالف او الفين حيث يتعين له الالف لانه لم يوقع ذلك في انشاء معاوضة بل ذكر ان ذمته مشغولة باحد المالين والاصل براءة الذمة وهو في شك من اشتغالها بالالفين لم يجزم بهما فلا تلزمانه بخلاف الالف فانه لم يشك فيها ولو تزوجها على الف حالة او موجلة الى سنة ومهر مثلها الف او اكثر فلها الحالة والا فالموجلة لانها اقل ولو على الف حالة او الفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان كالاقل فله وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل عليه **قوله** والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الاوكس تحكم به صرح به في الدراية فالحكم في الطلاق قبل الدخول في التحقيق ليس الا متعة مثلها **قوله** واذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان فاذا كان عرضا او حيوانا فاما معين كهذا العبد او الفرس او الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها ان كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا اليه الا انه اضافه الى نفسه كعبدي والا فلها ان تاخذه بشرائه لها فان عجز عن شرائه لزمه قيمته ولو استحق نصف الدار خيرت في النصف الباقي في يدها ان شاءت ردته بالعيب الفاحش وهو التبعيض في الاملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار وان شاءت امسكته ورجعت بقيمة نصفها ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة ولو ولدت الامة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله على من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيرا وان كان فاحشا فلها ان شاءت اخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا وان شاءت اخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فاما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لانه اتلف امانة في يده فان كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وان لم يكن ايجاب في كافي الحاكم بان عليه تمام ذلك قال شمس الائمة وهو غلط فقد بين في الابتداء ان الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان ولكن ان كان يسيرا فلا خيار لها وان كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ولا اشكال في الثوب المعين في ثبوت الصحة غير انه اذا زاد فقال هذا الثوب الهروي ولم يكن هرويا فليس لها غيره وعلى قول ابي يوسف لها قيمة ثوب هروي وسط وعلى قول

(وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم) رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ
منهما (بخلاف جهالة الجنس) لانه لا واسطة لاختلاف معاني الاجناس (وبخلاف البيع) لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه
على المسامحة (وانما يتخير) لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما (وان تزوجها على ثوب
غير موصوف فلها مهر المثل) ومعناه انه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس (ولو سمى جنسا بان قال
هروي تصح التسمية ويخير الزوج) لما بينا (وكذا اذا بالغ في وصف الثوب) في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال (وكذا اذا سمى
مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير) لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

زفر لها الخيار بين ان تاخذه او تطلب قيمة الهروي الوسط لانها وجدته على خلاف شرطه ولكنا نقول المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد
بالمشار اليه وسنقرره ان شاء الله تعالى واما غير معين فلا يخلو ان يكون مكيلا او موزونا او غيرهما ففي غيرهما ان لم يعين الجنس بان قال حيوان
ثوب دار لم تصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لانه انما يتحقق في الافراد المماثلة وذلك باتحاد النوع بخلاف الحيوان
الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة ايضا والدار الذي تحتها ما تختلف اختلافا فاحشا
بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة افحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل اولى وان عينه بان قال عبد امة
فرس حمار بيت صحت التسمية وان لم يصفه وينصرف الى بيت وسط من ذلك كذا ابياتها وهذا في عرفهم اما البيت في عرفنا فليس خاصا بما يبات فيه
بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي ان يجب بتسميته مهر المثل كالدار وتجبر على قبول قيمته لو اتاها بها وبقولنا قال مالك واحمد خلافا للشافعي له ان
عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع ولنا انه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك بالذمة اصله ايجاب
الشرع مائة من الابل في الدية وفي الجنين غرة عبد او امة في الذمة وليس فيها معلوم الا الوسط من الاسنان لخاصة وسر هذا الشرع عدم جريان المشاحة
في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضي جهالة الوصف فيه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الا يرى ان الشرع اوجب مهر المثل مع جهالة وصفه
وقدره في بعض الصور بان لم يكن من اقاربها من تزوج وعلم لها مهر فانه يحتاج الى التقويم والتخمين بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لان جهالة
في الصفة وجهالة مهر المثل جهالة جنس فتصح التسمية اولى **قوله** وشرطنا ان يكون الخ جواب سوال تقديره لما شابه النكاح الاقرار في كونه
التزام مال ابتداء ينبغي ان يصح تسمية حيوان كما يصح الاقرار بشيء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالا له وسط وطرفان فقال شرطنا ذلك
رعاية لجانبي المرأة والزوج لان جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة اصلا لكن لما يكن المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع انه المورد
الشرعي اعني ايجاب الشرع الوسط في حيوان الزكوة رعاية لجانبي الفقراء وارباب الاموال وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ولا يتعدى الا حكم الاصل لو
اسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالالحاق بالدية والغرة ومهر المثل استغنى عن هذا السوال وجوابه **قوله** وانما يتخير الزوج جواب عن
مقدر هو انما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط والحكم عندكم وجوب احد الامرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها اجاب لما كان الوسط لا يعرف الا بتقويمه صارت
القيمة اصلا مزاحما للمسمى كانها هو فهي اصل من وجه فيتخير على قبولها ان اتاها به وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال اذا كان الحكم ذلك فصار كانه تزوجها
على عبد او قيمته وفيه يجب مهر المثل لان هذا التقرير انما افاد ان الاصل العبد عينا ثم القيمة مخلص الا ترى الى التشبيه في قولنا كانها هو وفي المبسوط
بعد ان قال لكون المهر عوضا صار عينا صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قال ولهذا
لو اتاها بالقيمة اجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين هذا وتعتبر القيمة بقدر الغلاء والرخص ويختلف
ذلك بحسب الاوقات وهو الصحيح وانما قدر ابو حنيفة في السود باربعين دينارا وفي العبيد البيض بخمسين لما كان في زمانه **قوله** وان تزوجها على ثوب
الخ تقدم الكلام فيه **قوله** وكذا اذا بالغ في وصف الثوب بان ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من انها تجبر
على اخذ القيمة كما على اخذ الثوب وجعله ظاهر الرواية احترازا عما عن ابي حنيفة رح يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر رح وعما عن ابي يوسف رح
انه ان ذكر الاجل مع ذلك تعين الثوب لان موصوفه اذا كان موجلا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا في السلم وان لم يوجل تخير الزوج وعبارته في المبسوط

فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا لها مثل وزنه خلا

فان عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة اذا اتاها بها وعلى قول ابي يوسف ان ذكر الاجل الخ ما ذكرنا ثم قال وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لانه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه اذا اشترط الاجل اي هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فاستوى ذكر الاجل وعدمه واجاب بان قال لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز الا موجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا الا موجلا انتهى فظاهره ترجيح قول ابي يوسف رح وقد يقال بل حاصل الصورة سلم العبد راس مال والثياب الموجلة المسلم فيه ولا يخفى ترجح قول زفر اذ لم يندفع قوله ان اشتراط الاجل ليس من حكم ثبوته في الذمة بل هو اما المكيل والموزون فان سمى جنسه كعلى اردب قمح او شعير دون صفته فكغيره من ثبوته واجبارها على قبول القيمة وان وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية او بحرية لا يخير الزوج بل يتعين المسمى لان الموصوف منهما يثبت في الذمة صحيحا حالا كالقرض موجلا كما في السلم وعن ابي حنيفة رح لا تجبر على القيمة فيما اذا لم يسم الصفة ايضا لان صحة التسمية انما يوجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما في الفرس من العبد لا تعين الوسط

قوله فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها وبه قال الثلاثة وقالوا في رواية عن كل منهم يفسد النكاح لان امتناع العوض اذ المسمى يمنع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم قلنا امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية وفسادها لا يزيد على عدمها مع اشتراط قبوله والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشروط الفاسدة بخلاف البيع يفسد بالاول لانه ركنه وبالثاني لان الشرط الفاسد يصير ربا لان الشرط زيادة خالية عن العوض في احد الجانبين ولا ربا في النكاح قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر فعند ابي حنيفة لها مهر مثلها فيهما وقال ابو يوسف رح لها مثل وزن الخمر خلا وقيمة الحر المشار اليه لو كان عبدا وقال محمد يقول ابي حنيفة رح في الحر ويقول ابي يوسف رح في الخمر وذكر الحاكم ان قول ابي يوسف الاول كقولهما وظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مباني الخلاف لانه خص ابا يوسف بما حاصله لها مال وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلي والعبد قيمي والخمر مثلي ثم قال ابو حنيفة رح يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق انه لا خلاف بينهم ففي الايضاح لا خلاف بينهم ان المعتبر المشار اليه ان كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمسمى وفي اشارات الاسرار قال انه في الخلاف ينشاء من اصل مجمع عليه الخ معنى ما ذكرنا وما نذكر ولان هذا الاصل متفق عليه في البيوع والاجارات وسائر العقود وتفصيله من الكافي قال هذه المسائل مبنية على اصل وهو ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعا والمشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لانها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة فكان اعتبار التسمية اولى لان المعاني احق بالاعتبار وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا انهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه اي يتبع الذات الا يرى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ولو اشتراه على انه احمر فاذا هو اخضر ينعقد لاتحاده والشان في التخريج على هذا الاصل فابو يوسف رح يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم بالمسمى كان الاشارة تبين صفة كانه قال عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر ومحمد يقول العبد مع الحر جنس واحد في معنى الذات لا يفترق فيهما فان منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا فالعبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل واما الخل مع الخمر فجنسان اذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل فالحكم فيه كما قال ابو يوسف وابو حنيفة يقول لا تاخذ الذات حكم الجنسين لا بتبدل الصورة والمعنى لان كل موجود من الحوادث موجود بهما وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد

وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رح يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رح يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والحر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح لها العبد الباقي الى تمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد الى تمام مهر المثل

الجنس فالعبرة للاشارة فيهما والمشار اليه غير صالح فوجب مهر المثل انتهى وغاية الامر ان يكون سمى الخمر خلا والحر عبدا تجوزا وذلك لا يمنع تعلق الحكم بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق فظهر ان لا اختلاف بينهم في الاصل بل في اختلاف الجنس واتحاده فلزم ان ما ذكر في بعض شروح الفقه من ان الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام انما هو على قول ابي يوسف وعند محمد رح المختلفين بالمقاصد وعلى قول ابي حنيفة هو المقول على متحدي الصورة والمعنى ثم لا يخفى ان الاليق كون الجواب على قول ابي يوسف وجوب القيمة او عبد وسط لان الغاء الاشارة واعتبار المسمى يوجب كون الحاصل انه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا اي على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل او هذا الحر فاذا هو عبد او هذه الميتة فاذا هي ذكية فلها المشار اليه في الاصح عند ابي حنيفة وان روي عنه مهر المثل وقد مر على اصله وبالاصح عن ابي حنيفة قال ابو يوسف فاوجب الذكية وما معها واوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الخمر فمر على اصله وابو يوسف خالف اصله واعتذر عنه بانه جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احديهما وبطلت الاخرى فاعتبرت الصحة وصارت الاخرى كان لم تكن وكذا خالف ابو حنيفة رح الاصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل ووجه بانه يقول الموجب الاصلي مهر المثل وانما اعتبرنا الاشارة هناك ليجب ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا يعتبر ليجب مهر المثل لانه هو الاصل **قوله** فان تزوجها على هذين العبدين واذا احدهما حر فليس لها عند ابي حنيفة رح الا الباقي اذا ساوى عشرة فان لم يساو كملت العشرة لانه مسمى ووجوب المسمى المستحق باصل العقد وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لانها ما رضيت الا بهما وتعذر تسليم احدهما فتجب القيمة وقال محمد رح لها الباقي وتمام مهر مثلها ان لم يبلغ الباقي مهر المثل وهو رواية عن ابي حنيفة وعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزاد عليه فتحيد بقول ابي حنيفة لانهما لو كانا حرين يجب مهر المثل فاذا كان احدهما حرا او لم يبلغ الباقي مهر المثل تمم مهر المثل دفعا للضرر عنها فهنا مقامان لهما مقام اختلفا فيه وهو تعيين الواجب مع الباقي ومقام اتفقا فيه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولهما فيه الالحاق بالمسئلة السابقة اعني ما اذا تزوجها على الف وان لا يخرجها من البلد ولم يف حيث يكمل مهر المثل لانها لم ترض بذلك القدر فقط وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه والجواب الفرق بان الفائت في السابقة لم يستحق باصل العقد بل فوع بان لا اثر لاستحقاق مستحق خاص باصل العقد في دفع استحقاق غيره ولزوم مهر المثل فيها ليس الا لعدم رضاها بذلك القدر بتسميته اذ لم ترض الا بالكل غير ان الفائت هناك لما لم يتقوم صير الى مهر المثل وهنا يتقوم بمعنى انه يتقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته وعلى هذا يترجح قول ابي يوسف من حيث الوجه وقد يجاب بان جبر الفائت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به اما هذا فهي المقصرة في الفحص عن حال المسميين فانه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لان عدم الاخراج وطلاق الضرة انما يعلم بعد ذلك فكانت هنا ملتزمة للضرر معنى هذا وقد خرجت هذه المسئلة على ما يليها من الاصل الذي ذكرناه فعند ابي حنيفة تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو واذا لغي تسمية احد العبدين صار كانه تزوجها على عبد فليس لها غيره وعند ابي يوسف تسمية العبد معتبرة مع الاشارة الى الحر فاعتبر تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم احدهما فوجبت قيمته ومحمد يقول الامر كما قال ابو حنيفة ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر الى مهر المثل لدفع الضرر ولا جواب الا بما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت ان تم والا فالاوجه قول ابي يوسف وكونها مقصرة بذلك ممنوع اذ العادة مانعة من التردد في ان المسمى حر او عبد وقريب من هذا لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فاذا هي تسعة ليس لها غير التسعة وحكم محمد بها كما قال ابو حنيفة رح ان ساوت مهر مثلها او زادت والا كمل مهر مثلها وفي الفتاوى الخاصي من علامة العين تزوج على هذه الاثواب العشرة فاذا هي احد عشر

وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وإنما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا أن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإذا زادت على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لأنه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته

فإن كان مهر مثلها مثل أحد عشر وزيادة فلها أحد عشر عند أبي حنيفة وبه يفتى لأن المهر أحد العشرتين أجودهما أو أردؤهما فصار كما إذا تزوج على أحد هذين العبدين أما إذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى فرق بين هذا وبين ما إذا تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية فإذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعا لأنه في الأولى المنطوق الثوب المطلق والثوب المطلق لا يجب مهرا ألا يرى أنه لو تزوج على ثوب مطلق يجب مهر المثل وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وبهذا يجب مهرا وشرح العبارة الأولى أن التزوج إنما وقع على عشرة وحين وجدت أحد عشر فلا بد أن يشتمل غالبا على عشرة هي أجود الأحد عشر وعشرة هي أردأ الأحد عشر فصارت التسمية عشرة من أحد عشر إما أردؤها أو أجودها وبه تفسد التسمية عند أبي حنيفة رحمه الله فيحكم مهر المثل فإذا كان أحد عشر أو أكثر فلها الأحد عشر لرضاها بالنقصان وإن كان بين العشرة التي هي الأردأ والعشرة التي هي الأجود تعين أعني مهر المثل كما لو كان بين أوكس العبدين وأجودهما وإن كان أقل من أردأ العشرتين وأشباهها تعين العشرة الردية كما لو كان أقل من أوكس العبدين ومثله هذا قياس قوله وأما قياس قولهما فصحة التسمية وتعين أردئها مطلقا كما عينا أوكس العبدين كذلك وشرح عبارة التسعة أنه إذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكأنه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط بخلاف ما إذا وصفها بالهروية لأن المعنى أنه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل التسمية غير أن مقتضى الأصل أن يتخير فيه بين عينه وقيمته والله أعلم **قوله** وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد وهو كتزوج الأخت في عدة الأخت أو الخامسة في عدة الرابعة أو الأمة على الحرة إن كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها أو لم يخل لأن المهر لا يجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول وإنما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لأن التمكن منها فيه منتف شرعا بخلاف الصحيح فإنه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لأن الخلوة فيه أقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطي شرعا وحسا فإن دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رحمه الله اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد ونحن نقول المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية فإن زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية وأورد عليه لزوم التناقض لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها إذا نقصت منه فإن كانت فاسدة يجب شمول العدم وإن كانت صحيحة يجب شمول الوجود وأجاب المورد بأنها صحيحة من وجه فاسدة من وجه صحيحة من حيث إن المسمى مال فاسدة من حيث إنها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها والحق أن هذه التسمية ليست إلا فاسدة وقد صرح المصنف بها إذ ليس معنى فساد التسمية إلا كون المسمى ليس بمال أو وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها ولفسادها وجب المصير إلى مهر المثل لأنه القيمة للبضع شرعا وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية أي لأنها لم تسمها وكانت راضية بالحط مسقطة حقها في الزيادة إلى تمامه حيث لم تسم تمامه وإذا علمت فساد التسمية علمت أن المصير في العقد الفاسد إلى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا وبين زفر غير أنه يوجبه بالغا ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا فتوجه الاستدلال أن يقال سلمنا أن الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت بإسقاط بعض حقها وترك الباقي للمقدمات لأنه لا حاجة إليها بل لا تصح لأن قوله إنما يتقوم بالتسمية إن أراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل وإن أراد في الفاسد فقد ظهر أنها لا تصح فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل غير أنا اعتبرنا حطها فإن قيل لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاه بالزيادة فلم يوجب المسمى إذا زاد على مهر المثل فالجواب أنا لو أوجبناه فإما لأنه مسمى وقد بطل وإما لرضاه ومجرد رضاه بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به لأن به لا يدخل في ملك الآخر بل بالقبض بخلاف الرضا بالحط لأنه إسقاط فيتم بالواحد وعلى هذا تتم المعارضة لزفر رحمه الله بما في الترمذي وغيره من

وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه

قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل الحديث فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فكان وجوب مهر المثل اصلا في كل نكاح فاسد لما في البداية مما قدمناه في باب الاولياء والاكفاء فصرح لا ليصير محصنا بهذا الدخول الا عند ابي ثور واجمعت الامة على انه لا يكون محصنا في العقد الصحيح الا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا بخلاف ما اذا تكرر وطئ الابن لجارية الاب وادعى الشبهة فانه يلزمه بكل وطئ مهر والاصل ان الوطئ في غير الملك ان كان لشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وان كان لشبهة ملك لا يتعدد وبتعدده ففي جارية الاب وجارية الزوجة اذا وطئها الزوج الثابت في حقها شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفي جارية الابن اذا وطئها الاب والمكاتبة اذا وطئها السيد والزوجة في النكاح الفاسد او في النكاح الصحيح اذا ظهر بعد تعدد الوطئ انه كان حلف بطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك وتقرر الوطئ في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته واما اذا وطئ احد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين لم يذكر في الكتاب وكان الشيخ برهان الدين والذي يقول يتعدد المهر لانه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الاب في حق الابن ولو وطئها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة ولو زنى بامرأة ثم تزوجها وهو مخالطها ثم اكمل الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا لما سقطت عنه الحد وحين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وان طلقها في الحال لان هذا اكثر من الخلوة وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر لو وطئ المعتدة عن طلاق ثلث وادعى الشبهة يلزمه مهر واحد ام لكل وطئ مهر قيل ان كانت الطلقات الثلاث جملة فظن انها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد وان ظن انها تقع لكن ظن ان وطئها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطئ مهر وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اشترى جارية فوطئها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد وان استحق نصفها فعليه نصف المهر وفي آخر حدود خواهر زاده الصبي اذا زنى بصبية فعليه المهر وان زنى بكبيرة لا مهر عليه واذا زنى الصبي ببالغة مكرهة عليه المهر وان دعته الى نفسها لا مهر عليه ولو دعت صبية صبيا عليه المهر وكذا لو دعت امة صبيا والمراد من المهر العقر قوله وعليها العدة يعني اذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لانها لا تقام مقام الوطئ في النكاح الفاسد وينبغي ان لا يجب عليها الاحداد في الاصل فيما اذا دخل الرجل على غير امرأته وقد دخل بها قال عليه مهر لها لانه دخل بها بشبهة النكاح لان خبر الواحد حجة في المعاملات فتصير شبهة لتسقط الحد ويجب المهر قال وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تتقي في عدتها ما تتقي المعتدة نحوه قضى رضي الله عنه ولان الحداد لاظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطئ بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لان وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولانها النفقة التي كانت واجبة باصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن عليه نفقة مستحقة هنا لتبقى ولا يرجع بالمهر على الذي ادخلها عليه لانه هو المستوفي للبدل ولو كانت هذه اخت امرأته حرمت عليه امرأته الى انقضاء عدتها قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح احتراز عن قول زفر رحمه الله لانها انما تجب باعتبار شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق او بالافتراق بالمتاركة اذ لا تتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع الا بما قلنا ولا تتحقق المتاركة الا بالقول بان يقول تاركتك او خليت سبيلك او خليتها او تركتها اما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها ان تتزوج بآخر قال الشيخ الامام فخر الدين قاضيخان هذا في المدخول بها اما غيرها فيتفرق الابدان بان لا يعود اليها ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك الا بحضور الآخر وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الاصح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا وروي ذلك عن ابي يوسف وفي اختيار الصغار قول زفر حتى لو حاضت ثلث حيض من آخر الوطئات قبل التفريق انقضت العدة وعندنا ما لم تحض بعد التفريق والمتاركة لم تنقض ويجب

ويعتبر ابتداء مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره قال
ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رض لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط وهن
اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من
قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان
تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه
الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه
يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح

ان يكون هذا كله في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالى فاذا علمت انها حاضت بعد آخر وطء ثلثا ينبغي ان تحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس
ما قدمناه من نقل العتابي رح في الفتاوى لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد **قوله** وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان
النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء والاقامة اي اقامة العقد مقام الوطء باعتباره وهذا جواب عن قياسها على الصحيح وذكر في الاصل تزوجت الامة بغير
اذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة اشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يحك خلافا قال شيخ الاسلام
تاويل هذا ان الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة قال في النهاية فقد اعتبروا العدة من وقت التفريق وكان الاولى في النسب من وقت التفريق ايضا لا من
وقت النكاح لان العدة للنسب قال شارح الكنز هذا وهم لانهم انما اعتبروها من وقت النكاح لئلا يثبت نسبه بمجرد العقد واقامته للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء
حتى لو جاءت بولد لستة اشهر من وقت العقد ولاقل منها من وقت الوطء يثبت نسبه كما في الصحيح ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق الا ترى انها لو جاءت بولد
لاكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهي معه ثبت نسبه ولو كان لا اعتبار لوقت التفريق لا يثبت لما ثبت كذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يكون الا اعتبار لوقت التفريق لا غير ولو دخل بها
ثم جاءت بولد ثبت نسبه ويجب المهر والعدة في رواية عن ابي يوسف رح وعنه لا يثبت لا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر رح وان لم يخل بها لا يلزمه الولد انتهى في الحاصل ان المعتبر
من وقت التفريق اذا وقعت فرقة وما لم يقع فمن وقت النكاح او الدخول على الخلاف **قوله** لقول ابن مسعود رض لها مهر مثل نسائها قاله في المفوضة
وقدمنا تخريجه وقوله وهي اقارب الاب ليس من كلامه بل تفسير لنسائها من المصنف بناء على ان الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لان الانسان
من جنس ابيه ولذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان ابوه قرشيا وعلى هذا كان الاولى اسقاط الواو في قوله ولان الانسان من جنس قوم ابيه ليكون
وجه كون الاضافة المذكورة تعين كونهن اقارب الاب ظاهرا وهذا لان جعله وجها مستقلا لا يصح الا بتجوز لا يكون الدليل الاول مستلزما للمطلوب لان
مجرد اضافة النساء اليها لا يستلزم كون النساء المضافة اقارب الاب بل كما يصح ان يقال لعماتها واخواتها نساؤها يصح ان يقال لخالاتها ايضا
واخواتها لامها فانما يترجح جهة ارادة الاب المقدمة المذكورة **قوله** ويعتبر في مهر المثل ان تتساويا في الجمال يعني بمجرد تحقق القرابة المذكورة لا يثبت
صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وادبا وكمال خلق وعدم ولد وفي العلم ايضا فلو كانت
من قوم ابيها لكن اختلف مكانها او زمانها لا يعتبر بمهرها لان البلدين يختلف عادة اهلهما في المهر في غلائه ورخصه فلو زوجت في غير البلد الذي
زوج فيه اقاربها لا يعتبر بمهورهن وقيل لا يعتبر الجمال في بنت الحسب والشرف بل في اوساط الناس وهذا جيد وقالوا يعتبر حال
الزوج ايضا اي بان يكون زوج هذه كازواج امثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما فان لم يكن واحدة من قوم الاب بهذه الصفات
فاجنبية موصوفة بذلك وفي الخلاصة ينظر في قبيلة اخرى مثلها اي مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة رح لا يعتبر بالاجنبيات ويجب حمله على ما اذا كان لها
اقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل في المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على
ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه وفي شرح الطحاوي مهر مثل الامة على قدر الرغبة **قوله** واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه بقيد كون الضمان
في الصحة اما في مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه في مرض موته ويشمل ولي الصغير زوجه وضمن عنه وولي الصغيرة تزوجها وضمن لها وقوله
ثم المرأة بالخيار في مطالبة زوجها او وليها هو على التقدير الثاني وقوله ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان باذنه يعني ان الزوج
اجنبي او في حكمه كولده الكبير وهذا لانه لا يرجع اذا ادى عن ابنه الصغير فيما اذا زوجه وضمن عنه للعرف بتحمل مهور الصغار اللهم الا ان يشهد

ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره
كما هو الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير
وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه
عند ابي حنيفة ومحمد ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة
لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلهذا لا يصير ضامنا لنفسه **قال** وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر
وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها
من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق

انه يصح فيرجع في اصل الضمان **قوله** ثم المرأة بالخيار في مطالبتها يعني اذا بلغت زوجها يعني اذا كانت بالغة وان لم تكن بالغة فابوها له مطالبة ابيه ضمن او لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة وذكرنا انه اذا ادى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع في اصل الضمان ولا يخفى ان هذا مقيد بما اذا لم يكن للصغير مال هذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من انه يضمن الاب مهر ابنه الصغير بلا ضمان ونحن نخالفه بخلاف اطلاق شرح الطحاوي وذكر في المصفى جوابه فقال قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال ثابتا عن ابتداء العقد في الحال فلم يكن من ضرورة الاقدام على تزويجه ضمان المهر عنه هذا هو المعول عليه وان ضمن الوصي يرجع مطلقا فلو لم يؤد الاب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين ان تاخذ من تركته وبين مطالبة زوجها فان اختارت تركته فاخذت اخذ باقي الورثة الرجوع في نصيب الصغير وقال زفر ليس لهم الرجوع لان هذه الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا امر من المكفول عنه اذ لا يعتبر اذنه ولو اذن وعن ابي يوسف ره كقوله فيما ذكره الولوالجي قلنا بل صدرت بامر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الاب عليه فاذن الاب اذن منه معتبر واقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته بخلاف ما اذا ادى عنه في حياته لان تبرع الآباء بالمهور معتاد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون وكذا يرجعون لو ادى في مرض موته والمجنون كالصبي في جميع ذلك لانه مولى عليه سواء كان الجنون اصليا او طاريا وانما صح ضمان وليها اذا كان ابا او جدا مع انه المتولي للقبض عند اقدام المطالبة لان الولي في النكاح وان باشر سفير كالوكيل به بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمانه الثمن لانه مباشر فترجع الحقوق اليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب ويسلم المبيع ويصح ابراؤه من الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا مقتضى فان قيل لا نسلم عدم رجوعها اليه في النكاح الا يرى ان له المطالبة بمهرها اجابه المصنف بقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد لانه سفير ولهذا لا يملك قبضه بعد بلوغها اذا نهته صريحا اما اذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فان له القبض بعد بلوغه دون الصبي ثم لا يشترط احضار الزوجة لقبض الاب مهرها عندنا خلافا لزفر وابي يوسف في قوله الآخر وفي المرغيناني الاشتراط ولم يذكر خلافا وقدمنا في قبض مهر البكر البالغة فروعا استوفيناها في باب الاولياء والاكفاء فارجع اليها ومما لم تذكره هناك لو قبض الاب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ان كانت بكرا لم يصدق لانه لان له حق القبض ليس له حق الرد وان كانت ثيبا صدق لان حق القبض ليس له فاذا قبض بامر الزوج كانت امانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمودع اذا قال رددت الوديعة **قوله**

وللمرأة ان تمنع نفسها من الدخول بها ومن ان يسافر بها حتى توفيها معجل مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل يعني لا يتعين الا بالقبض وهذا التعليل لا يصح الا في الصداق الدين اما العين كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لانها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه وقوله اي المعجل منه يتناول المعجل عرفا وشرطا فان كان قد شرط تعجيله كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله او بعضه فبعضه فان لم يشترط تعجيل شيء بل سكتوا عن تعجيله وتاجيله فان كان عرف في تعجيل بعضه وتاخير باقيه الى الموت او الميسرة او الطلاق فليس لها ان تحبس الا الى تسليم ذلك القدر قال في فتاوى قاضيخان فان لم يبينوا قدر المعجل ينظر الى المرأة والى المهر انه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك ولا يتقدر بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما اذا شرط تعجيل الكل فلا عبرة بالعرف اذا كان الصريح بخلافه وفي هذا فرع تقدم في كتاب الشفعة فما وقع في غاية البيان من اختلاف قوله فان كان يعني المهر شرط التعجيل او سكتوا عنه يجب حالا فلها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ليس بواقع بل المعتبر في المسكوت العرف هذا ولا له ان يسافر بالبكر قبل ايفائه في الفتاوى رجل زوج بنته البكر البالغة

[illegible]

قال [illegible]

[illegible]

ثم اذا ان تحولت الى بيت اخر ... قوله وليس له حق الاستيفاء كل من الزوج والمراة له حق الاستيفاء وعليه الايفاء كما له استيفاء منافع البضع وعليه ايفاء المهر كذلك لها استيفاء المهر وعليها ايفاء منافع البضع ... فيقال ليس لها حق استيفاء المهر قبل ايفاء منافع البضع والجواب ان هذا وقع في تعليل ... ثابت ... بعد ... الاستيفاء ... الى استيفاء ما له ويستلزم تمام الحقوق فوات العقد ... بالقيام الدخول ... حتى يستوفي المهر ... حتى استوفى منافع البضع وهي تقول ... ما ذكرنا والصواب ان هذا التعليل بعد الالحاق بالبيع وان البضع كالمبيع والمهر كالثمن كذلك ... ان في ... المقابلة لكل منهما الامتناع فيقال لها سلمي ... الى النكاح اذا كان المهر ... والاطلاق الجواب بان لها الامتناع الى ان تقبض هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فللولي منعها عن الزوج الى ان يعطي المهر ... قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض فان سلمها الا تسليم فاسد ... ولو ذهبت الصغيرة الى بيته بنفسها كان لمن كان احق بامساكها قبل ... ان يمنعها ... من له ولاية القبض لان هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من اهل الرضا فرع

اذا كان يسكن في بيت الغصب ... قوله ولو كان كله مؤجلا الى مدة معلومة او قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه بخلاف ذلك في البيع ... حيث يكون المهر حالا ليس لها ان تمنع نفسها قبل الحلول ولا بعده لان هذا العقد ما اوجب لها حق الحبس ... بعد العقد معلومة لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع اذا اجل الثمن ليس له منع المبيع الى تمام القبض وفيه خلاف ابي يوسف فيما ... عنده ان موجب النكاح تسليم المهر اولا فلما رضي بتاجيله كان راضيا بتاخير حقه لعلمه موجب العقد بخلاف ... تسليم الثمن ... ليس من موجباته كما في المقابلة واختار ... وهذا اذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول فان شرط ... بالاتفاق قوله فان دخل بها قبل الايفاء ... حتى ... فكذلك عند ابي حنيفة اي ليس لها حبس نفسها حتى ... المهر ... او صغيرة او مجنونة ... لا يكون لها حبس نفسها بعده وعلى هذا الخلاف ... قوله واذا اوفاها مهرها او كان مؤجلا نقلها حيث شاء من بلاد الله ... عند ... قال ان ... واختاره الفقيه ابو الليث فقال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بكتاب الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه يعني قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وافتى ... بقول الفقيه لان النص مقيد بعدم المضارة لقوله تعالى ولا تضاروهن ... من حيث سكنتم ... وهو ما يكون من جوانب مصرها ... وقال بعض المشايخ اذا اوفاها ... قوله ومن تزوج امراة ثم اختلفا في المهر ... منهما في حال الحياة او بعد ... منهما ... جعل مهر المثل فمن كان ... الزيلعي على ...

ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع
الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق
انه وضع المسألة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع
الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل

تحالفا في الفصول كلها ويحكم مهر المثل وقال ابو يوسف القول للزوج مع يمينه في الكل الا ان ياتي بشيء قليل وفسره المص وجماعة بان يذكر مالا يتعارف مهـ
لها وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال ان يذكر مالا يصلح مهرا شرعا اعني ان يذكر ما دون العشرة لانه ذكر هذا اللفظ في البيع فيما اذا اختلفا
في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري الا ان ياتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي وقد يقال ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لا
تصور المستنكر بطريق آخر اما هنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا ويجاب بان المستنكر شرعا داخل في المستنكر عرفا فانما يستنكر شرعا
يستنكر عرفا ولا عكس فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة فصار الحاصل من قولنا الا ما يستنكر مطلقا لا يكون القول قوله فيه سواء
كان عرفا او شرعا ولانه لو كان شرعا لم يتحقق لانه اذا ادعى خمسة كملت عشرة ولغا كلامه لان العشرة في كونه مهرا شرعا لا تتجزى فتسمية البعض
ما لا يتجزى شرعا كتسمية كله فلا يتصور ان ياتي بالمستنكر وليس هذا بشيء لان عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لاتيانه
بما يستنكر فقد تصور ورجح الوبري تفسير هؤلاء البعض بانه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى انه تزوجها على مائة وهي تدعي الالف ومهر مثلها
الف واقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند ابي يوسف رحمه الله لانه لولا الشهادة لكان القول له ولو لم تجعل المائة مستنكرا في حقها يعني
مع ان التسمية العشرة مستنكر فيمن قيمتها عشرة آلاف وان اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في
تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه ما في الاصل والجامع الصغير وقال ابو يوسف
القول للزوج الا ان ياتي على ما مر والخلاف بينهم في ان القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع وكما يفيده قول المص في التعليل
لابي يوسف الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر فنفى كون القول له لانتفاء الظاهر معه وانما اختلفوا في الاشتباه والظاهر ههنا انه مع من قال لا مع
من يشهد له مهر المثل لان الغالب في المسمى في الانكحة الا ان يكون اقل منه وهذا اوجه من قول المص لانه الموجب الاصلي لان كونه يفيد الظهور
لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا وقال ابو يوسف مع من يشهد له الاصل براءة الذمة وانما اعتبر الشاهد هنا مهر المثل لانه القيمة
الضرورية للبضع اذ ليس كان مالا وانما يتقوم اظهارا للشرف فيتقدر بقدر الضرورة وهي فيما اذا لم يتيقن بثبوت مسمى وهنا تيقناه وهو ما اقر
به الزوج فيكون القول له ويحلف على نفي دعواه وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الاجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار الى تحكيم
اجرة المثل لان تقوم المنافع ضروري فلم يصر اليه حيث امكن المصير الى المسمى وكان القول لمن يدعي الاقل فكذا هذا وهما يقولان تقومه شرعا
اظهارا للخطر يوجب الرجوع اليه عند التردد في المسمى لا ينفيه بل هو احق من التقوم الذي يثبت بسبب المالية لان ذلك يقبل الابطال بخلاف
هذا واما القصار ورب الثوب اذا اختلفا في الاجرة فليس لفعله موجب في الاجر بدون التسمية ليصار الى اعتباره وللنكاح موجب فهو اشبه
باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار مما ذكر وفيه يحكم قيمة الصبغ واما قوله تيقنا التسمية وهي ما اقر به الزوج فليس كذلك بل المتيقن احدهما
غير عين وهو لا ينفي الرجوع اذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء باحدهما عينا **قوله** ثم ذكر هنا اي في الجامع الصغير
ان القول للزوج في نصف المهر اذا طلقها قبل الدخول وكذا في الاصل وفي الجامع الكبير يحكم المتعة وقد قدمناه ووجه التوفيق ظاهر من
الهداية وحاصله يرجع الى وجوب تحكيم المتعة الا في موضع يكون ما اعترف به اكثر منها فيؤخذ باعترافه ويعطى نصف مهر المثل ووجه ما ذكر
ان المتعة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم كمهر المثل وقد يمنع بان المتعة موجبة فيما اذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا

[illegible] القضاء باحدهما عينا

وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمس مائة تحالفا واذا حلفا تجب الف وخمس مائة هذا تخريج الرازي رح وقال الكرخي رح يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما

يثبت ما اتفقا عليه وهو نصف ما اقر به الزوج ويحلف على نفي دعواها الزائد وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف ولهذا قيل في المسئلة روايتان لكن ما ذكر في جواب قول ابي يوسف اتفاقا فيه **قوله** وشرح قولهما اذا ادعى الزوج الفا وهي الفين ومهر مثلها الف او اقل فالقول له مع يمينه بالله ما تزوجها على الفين فان حلف لزمه ما اقر به تسمية اي لا تخيير فيها بين ان يعطيها دراهم او قيمتها ذهبا وان نكل لزمه الفان مسمى لان النكول اقرار او بذل على الخلاف وكلاهما يقتضيه تسمية وان كان مهر مثلها الفين او اكثر فالقول لها مع يمينها بالله ما تزوجته على الف وان نكلت فلها ما اقر به تسمية لاقرارها به وان حلفت فلها ما ادعت قدر ما اقر به تسمية لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل يتخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لان يمينها لدفع الحط الذي يدعيه هو ثم وجوب الزائد بحكم انه مهر المثل وايهما اقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه تسمية فان اقاماها فبينتها اولى في الوجه الاول لاثباتها الزيادة وبينته في الثاني لاثباتها الحط وان نص محمد رح في هذا ان بينتها اولى لاثباتها الزيادة كالفصل الاول كذا في جامع قاضيخان ووجه الاول ان الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل وانما اثبتت بينتها تسميتها دراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة بخلاف الظاهر وهو الحط فهو المثبتة للزيادة بطريق الاصالة وكانت اكثر اثباتا من المثبتة للوصف وان كان مهر مثلها بين الدعويين الفا وخمسمائة فان لم تكن لهما بينة تحالفا وبايهما نكل لزمه دعوى الآخر وما وقع في النهاية من ان الزوج اذا نكل يلزمه الف وخمسمائة كانه غلط من الناسخ وان حلفا يجب مهر المثل قدر ما اقر به تسمية والزائد يتخير فيه فان اقام احدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى وان اقاماها تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الاثبات والدعوى ثم يجب مهر المثل يتخير فيه كله لان بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل بخلاف التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق وذكر قاضيخان انه كفصل التحالف هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا ان على تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك والاحسن ان يقال يتحالفان ثم يقضي بمهر المثل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتاخرين لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وبالتحالف ينتفي بيمين كل دعوى صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فيجب مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازي اولى لانا انما نحتاج الى مهر المثل لا للايجاب بل ليعرف من يشهد له الظاهر فيكون القول له مع يمينه فلا حاجة الى التحالف ويقرع في التحالف لا ابتداء استحبابا ولو بدأ بايهما كان جاز وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبدأ بيمين الزوج لانه كالمشتري والمهر كالثمن وفي المتبايعين يبدأ بيمين المشتري في قول الاسبيجابي **قوله** ولو كان الاختلاف في اصل المسمى في حال الحيوة بان ادعاه احدهما ونفاه الآخر يجب مهر المثل بالاجماع ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق لانه هو الاصل عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح لتعذر القضاء بالمسمى لان القول لمنكر التسمية مع يمينه فيصار الى مهر المثل واستشكل كون مهر المثل هو الاصل عند محمد بل هو مع ابي يوسف رح في ان المسمى هو الاصل على ما صرح هو به في مسئلة ما اذا تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد واحدهما اوكس وما ذكر من ايجابه مع ابي حنيفة مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد اشرنا الى انه ليعرف من معه الظاهر بناء على ان العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل الا نادرا لكنا منعنا في تلك المسئلة ثبوت اختلافهم في ان الاصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه لا ينفي بذلك الخلاف فلا يشكل على هذا كون الاصل مهر المثل عند محمد هنا كما هو عند ابي حنيفة بل الاولى ان يعلل للكل به والمسئلة اتفاقية **قوله** ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما اي حال قيام النكاح في الاصل والمقدار

ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل وعند ابي يوسف رحمه الله القول قول الورثة الا ان ياتوا بشيء قليل وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراثه وان لم يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا

ومن كان القول له لو كان حيا يكون لورثته وفي الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت احدهما بالاتفاق قوله ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند ابي حنيفة كابي يوسف حال الحيوة الا ان ابا حنيفة لم يستثن القليل وهذا السقوط اعتبار مهر المثل بعد موتهما عند ابي حنيفة وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب في حال الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول لمن انكره ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل وبه قال مالك والشافعي واحمد رحمهم الله وعليه الفتوى لكن الشافعي يقول بعدم التحالف وعندنا وعند مالك واحمد لا يجب التحالف قوله على ما نبينه يعني في المسئلة التي تليها من غير فصل وهي ما اذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا ثبت ذلك بالبينة او بتصادق الورثة فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج هذا اذا علم ان الزوج مات اولا او علم انهما ماتا معا او لم تعلم الاولية لان المهر كان معلوم الثبوت فلما لم يتعين لسقوط شيء منه بموت المرأة اولا لا يسقط واما اذا علم انها ماتت اولا فيسقط منه نصيب الزوج لانه ورث دينا على نفسه فعلم بهذا ان المستثنى منه المحذوف في قوله الا اذا علم الخ هو الصور الثلث التي ذكرناها كذا في النهاية والصواب ان المستثنى منه جميع الصور لان التقدير لورثتها ان ياخذوا ذلك في جميع الصور الا في صورة العلم بموتها قبله لان المستثنى منه هو العام ولو كان الصور الثلث مستثنى منها كان اخذ الورثة انما هو في بعض الثلث لا كلها قوله فان لم يسم لها شيئا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لهم مهر المثل واستدل ابو حنيفة في الكتاب فقال ارأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر مهر ام كلثوم بنت علي اكنت اقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما لا يقضى به عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره وايضا يؤدي الى تكرر القضاء به لان النكاح القديم قد يكون مشهورا وهو ما يثبت بالتسامع فيدعي ورثة ورثة الورثة على ورثة ورثة الورثة فاقضي به ثم تاخر العصر فادعى الورثة الذين جدوا بعد ذلك زمان آخر ايضا يقضى به ايضا ثم وثم فيفضي الى ما قلنا اما اذا لم يتقادم فيقضى بمهر المثل وطريق آخر ان مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الاول لا يسقط اصلا وللشبه الثاني يسقط بموتها وبموت احدهما فقلنا يسقط بموتهما اعمالا لشبه النفقة ولا يسقط بموت احدهما اعمالا لشبه المسمى توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضي ان لا يقضى به وان كان العهد قريبا وما قبله اوجه وقال مشائخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحيوة او بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد ان تقري بما تعجلت والا حكمنا عليك بالتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا قوله فالقول قوله اي مع يمينه قوله ومن بعث الى امرأته شيئا ثم قال من حنكه وقالت هدية فالقول قوله لانه المملك وكان اعرف بجهة التمليك الا فيما يكون مهيئا للاكل لان الظاهر يتخلف عنه فيه والقول انما هو قول من يشهد له الظاهر والظاهر في مثله المتعارف ان يبعثه هدية والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والشوي والفواكه التي لا تبقى والحلواء والخبز والدجاج المطبوخ فاما اشياء والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية فالقول فيه قوله واذا حلف المرسل فان كان من غير جنس حقها ولم يرضيا ببيعه بالصداق ياخذه وان كان هالكا لا ترجع بالمرسل بما بقي ان كان يبقى بعد قيمته شيء ولو بعث هو وبعث ابوها ايضا ثم قال هو من المهر فللاب ان يرجع في هبته ان كان من مال نفسه كان قائما وان كان هالكا لا يرجع وان كان من مال البنت باذنها فليس لها الرجوع لانه هبته منها وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها وفي فتاوى اهل سمرقند بعث اليها هدايا وعوضت المرأة ثم زفت اليه ثم فارقها وقال بعثتها اليك عارية واراد ان يسترده وارادت هي ان تسترد

فقالت هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب

العوض فالقول قوله في الحكم لانه انكر التمليك ولذا استرده لتستردهي ما عوضته هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا ان جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف في ذلك كله ارساله هدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له الا في نحو الثياب والجارية وفيما اذا بعث الاب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكرنا في فتاوى اهل سمرقند وكذا البنت فيما اذا اذنت في بعثه تعويضا هذا اذا كان بعثها عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر انه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان قائما والله سبحانه اعلم قوله وقيل ما يجب عليه بخلاف الخف والملاءة لا تجب عليه اذ لا يجب عليه تمكينها من الخروج بل يجب منعها الا فيما سنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى يجب عليه الخف والملاءة لاتهامه لكون الظاهر يكذبه في نحو الدرع او الخمار انما ينبغي احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة **فروع** جهز ابنته وزوجها ثم ادعى انما دفعه لها عارية وقالت تمليكا او قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الاب عارية قيل القول للزوج ولها لان الظاهر شاهد به اذ العادة دفع ذلك اليها هبة واختاره السغدي مع اختيار الامام السرخسي رحمه الله كون القول للاب لان ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الاول ان كان العرف ظاهرا بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى الخاصي وغيرها وان كان العرف مشتركا فالقول للاب وقيل ان كان الرجل ممن مثله يجهز البنات تمليكا فالقول للزوج والا فله ولو ابرأت الزوج من المهر او وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وانكر الزوج فالقول له وقيل ينبغي ان يكون القول للورثة لان الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر ان الورثة لم يكن لهم حق وانما كان لها وهم يدعونه لانفسهم والزوج ينكر فالقول له وفي البدائع في كتاب النفقات اعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج الا ان تقيم هي البينة لان التمليك منه وفي الخلاصة انفق على معتدة الغير على طمع ان يتزوجها اذا انقضت عدتها فلما انقضت ابت ان تتزوجه ان شرط في الانفاق التزوج يعني كان يقول انفق بشرط ان تتزوجيني يرجع زوجت نفسها او لا لانه رشوة والصحيح انه لا يرجع لو زوجت نفسها وان لم يشترط لكن انفق على هذا الطمع اختلفوا والاصح انه لا يرجع اذا زوجت قاله الصدر الشهيد قال الشيخ الامام الاصح انه يرجع عليها زوجت نفسها منه او لا لانه رشوة واختاره في المحيط وهذا اذا دفع الدراهم اليها لتنفق على نفسها اما اذا اكل معها فلا يرجع بشيء انتهى ولم يذكر ما اذا ابت ان تتزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحا الا انه قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده انه يرجع اذا لم تتزوجه وحكى في فتاوى الخاصي فيما اذا انفق بلا شرط بل للعلم عرفا انه ينفق للتزوج ثم لم تتزوجه به خلافا فمنهم من قال يرجع لان المعروف كالمشروط ومنهم من قال لا قال وهو الصحيح لانه انما انفق على قصده لا شرطه وفيما ادعت على زوجها بعد وفاته ان لها عليه الفا من مهرها تصدق في الدعوى الى مهر مثلها في قول ابي حنيفة لان عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له كان القول له مع يمينه وفي النوازل تخذت لابويها ماتما فبعث الزوج اليها بقرة فذبحتها واطعمتها ايام الماتم فطلب قيمتها فان اتفقا انه بعث اليها وامرها ان تذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له ان يرجع عليها لانها فعلت باذنه من غير شرط القيمة وان اتفقا على ذكر الرجوع بالقيمة فله ان يرجع وان اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لان حاصل الاختلاف راجع الى شرط الضمان وهي منكرة **تتمة** فيها مسائل الاولى مسئلة تعرف ذكرها في باب المهر مع ان الجواب المذكور فيها انما يتعلق بالميراث فاحببنا الاتباع بذكر المهر زيادة فيها تزوج ثنتين في عقدة وثلاثا في عقدة ومات قبل ان يدخل بواحدة منهن وقبل ان يتبين تقدم المتقدمة نكاحها من غيرها فميراث الزوجات وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن والثمن مع الولد وولد الابن بينهن على اثنتين وعشرين سهما للتي تزوجها وحدها باتفاق

قال الا فى الطعام الذى يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما فى الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا

والباقى نصفه للثنتين ونصفه للثلث عند ابى حنيفة رح وقالا ثمانية اسهم من الباقى للثنتين وتسعة للثلاث على تخريجهما وانما قلنا المسئلة من اربعة وعشرين لان نكاح الواحدة صحيح على كل حال لانه ان تقدم فظاهر وكذا ان توسط لانها تكون ثالثة ان وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث وكذا اذا تأخر لبطلان نكاح احد الفريقين فيقع هى ثالثة او رابعة ونكاح كل من الفريقين صحيح فى حال باطل فى حال ثم نقول ان صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث وان صح مع الثلث فلها ربعه فيحتاج الى حساب له ثلث وربع واقله اثنى عشر او نقول مخرج الثلث من ثلاثة والربع من اربعة وبينهما مباينة فضربنا احدهما فى الآخر فصار اثنى عشر فيكون لها الثلث فى حال اربعة والربع فى حال ثلاثة فثلاثة ثابتة بيقين والربع يجب فى حال دون حال فيتنصف للشك فيه فينكسر فيضعف فيصير اربعة وعشرين او نضرب مخرج النصف وهو اثنان فى اثنى عشر فصار اربعة وعشرين ثم نقول للتى تزوجها وحدها سبعة من اربعة وعشرين لان لها الثلث فى حال ثمانية والربع فى حال ستة فستة ثابتة بيقين ووقع الشك فى سهمين لانهما يسقطان فى حال ويثبتان فى حال فيثبت احدهما وينضم الى ستة صار لها سبعة وما بقى تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة اربعة عندهما على اختلاف تخريجهما اما ابو يوسف رح فيعتبر المنازعة فيقول لا منازعة للثنتين فى السهم السابع عشر لانهما لا يدعيان الا ثلثى الميراث ستة عشر فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لانهن يدعين ذلك لانهن يدعين ثلاثة ارباع الميراث ثمانية عشر بقى ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية واما محمد فيعتبر الاحوال فيقول ان صح نكاح الثنتين فلهما ثلثا الميراث ستة عشر وهو حال التقدم اى تقدم الثنتين على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لهما الثلثان فان لم يصح فلا شئ لهما فلهما نصف ذلك وهو ثمانية والثلث ان صح نكاحهن فلهن ثلثة ارباع الميراث ثمانية عشر لان الواحدة ترث معهن فان لم يصح فلا شئ لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قولنا الحاء مع الحاء والياء مع الياء اى محمد الاحوال ويعقوب المنازعة وعند ابى حنيفة رح نصف ما بقى للثنتين ونصفه الآخر للثلث لان الفريقين فى علة الاستحقاق سواء لان كل فريق يستحق فى حال وهو ما اذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التأخير فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين كذا هنا فللتنصيف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية واربعين او تضرب مخرج النصف وهو اثنان فى اربعة وعشرين فيصير ثمانية واربعين للواحدة من ذلك اربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فنطلب بين السهام والرؤس الاستقامة والموافقة والمباينة فلا يستقيم اربعة عشر على الواحدة ولا يستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلث ولا موافقة بين ذلك ايضا فحصل معنا اثنان وثلثة فنطلب بين الرؤس والرؤس الاحوال الاربعة التداخل والتماثل والتوافق والتباين فوجدناهما متباينة فنضرب ثلاثة فى اثنين او على العكس فحصل ستة فنضربها فى ثمانية واربعين تصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريقة معرفة ما لكل ان تضرب ما كان له من هذه الستة وكان للواحدة اربعة عشر فنضربها فى ستة تحصل لها اربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها فى الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثنتين احد وخمسون ولكل من الثلث اربعة وثلثون فان قيل ما ذكر ابو حنيفة رح مشكل لانه يعطى الثنتين ما لا يدعيانه اجيب بانهما انما لا تدعيانه اذا استحقت الواحدة ذلك السهم فاما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة فكان دعواهما ودعوى الثلث فى استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء وهذا الاختلاف فى الارث اما المهور فالزوج ان كان حيا يؤمر بالبيان جبرا والقول قوله فى الثلث والثنتين ايتهن +

او قيل ما يجب عليه من الحد والردع وغيره ليس له ان يحتسبه من مهرها لان الظاهر يكذبه والله اعلم

الاول لان نكاح احد الفريقين صحيح في نفس الامر والزوج هو باشر العقود وان قال لا ادري الاول حجب عنهن الا الواحدة لانه قرب الاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحري وان مات احد الفريقين والزوج حي فقال هن الاول ورثهن واعطى مهورهن وفرق بينه وبين الاواخر وان كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته او عند موته لاحد الفريقين ذلك فهو الاول ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد فالدخول بهن لا يؤثر في البيان اذا لم تعلم السابقة في الوطي واما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمي لها بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلث مهر ونصف وللثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما مرا على اصلهما في اعتبار المنازعة والحال وابو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال ما فضل من الواحدة هناك بين الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لانهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما فاما هنا فالثنتان لا يدعيان النصف الزائد على المهرين والثلث يدعينه فيسلم لهن وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما او نقول اكثر ما لهن ثلثة مهور بان يكون السابق نكاح الثلث واقل ما لهن مهران بان يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك في مهر واحد فيتنصف فكان لهن مهران ونصف ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلث وهو نصف مهر بقي مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد ومحمد يقول ان صح نكاح الثلث فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا شي لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف اما الثنتان فلهما مهران ان صح والا فلا شي لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد واما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر وعلى الفريقين كذلك لان الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث اوجب لهن مهرا او ميراثا والعدة مما يحتاط فيها فان كان الزوج دخل بهن ولا يعرف الاول من الاخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا اعني اربعة اشهر وعشرا يستكمل فيها ثلث حيض المسئلة الثانية تزوج امراة وابنتها في ثلث عقود لا يدري الاولى منهن ومات قبل الوطي والبيان فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح احديهن ليس غير لانه ان تزوج الام اولا لم يصح نكاح بنتيها او البنت فكذلك ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال ابو حنيفة للام النصف من كل من المهر والميراث وقال ابو يوسف ومحمد يقسم بينهن اثلاثا ولو كان تزوج الام في عقدة والبنتين في عقدة كان الكل للام بالاتفاق للتيقن ببطلان نكاحهما تقدم او تاخر عن الام للجمع بين الاختين في عقد ولو كان تزوج امراة وامها وابنتها او امراة وامها واخت امها كان المهر والميراث بينهن اثلاثا اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول والاصل ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستوين في حق الاستحقاق وهو بناء احدهما على هذا الاصل لكنه يقول الام لا يزاحمها الا احدى البنتين لا تيقنا ببطلان نكاح احدى البنتين والابنتان في النصف استويا لانه ليست احديهما بتعيين جهة البطلان اولى من الاخرى المسئلة الثالثة لو قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها في يوم ثلث مرات ودخل بها في كل مرة فهي امراته وعليه مهران ونصف مهر ووقع عليه تطليقتان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه لما تزوجها اولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر فلما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطي عن شبهة في المحل اذ الطلاق غير واقع عند الشافعي رح بناء على ان هذا التعليق عنده لا يصح ووجبت العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت اخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى فان من تزوج معتدته البائن فطلقها قبل الدخول فعند ابي حنيفة وابي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستانفة خلافا لمحمد في ايجاب نصف المهر وتكميل عدتها التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهرين ونصف فاذا دخل بها

فصل وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين وأما في الذمية فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين أيضا له أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية الإلزام منقطعة لتباين الدار بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربوا والزنا وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار ولأبي حنيفة رحمه الله أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الإلزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فإنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب أو على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت

وهي معتدة عن طلاق رجعي صار مراجعا فلا يجب بالوطي شيء فإذا تزوجها ثالثا لا يصح النكاح لأنه تزوجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح وعلى قول محمد بالتزوج الأول والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعده مهر كامل وبالتزوج والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه الضا مهر ونصف وكذا بالتزوج الثالث فكان الواجب على قوله أربعة مهور ونصف مهر وهذا بناء على أنه لم يصر مراجعا بالوطي عقيب النكاح الثاني لم يقع على الدخول لها وعندهما لما كان الدخول في الأول دخولا في الثاني كان الطلاق الثاني عقيب الدخول ولا يخفى عليك أن الدخول الأول لم يكن في نكاح بل ليس إلا وطيا بشبهة فاقتضى قولهما على هذا أن الرجعة تثبت بالوطي في عدة وإن كان تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطي الشبهة إذا كان مسبوقا بطلاق ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما وأربعة مهور ونصف على قول محمد وتخريج ذلك على الأصل المذكور لكل فقول محمد يلزمه أربعة مهور ونصف على الأصل المذكور له أنفا ظاهر وأما وجه ما ذكر عندهما فلأنه بالنكاح الأول والدخول بعده يجب مهر ونصف وبالنكاح الثاني طلقت بائنا ولها مهر كامل لأنه طلاق بعد الدخول على قولهما ومهر آخر بالدخول بعده للشبهة ولم يصر به مراجعا لأن الطلاق بائن وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر وبالدخول بعده مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصف ثلثة بالدخول ثلث مرات ونصف بالتزوج الأول ومهران بالتزوجين الأخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما

فصل في مهور الكفار لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار **قوله** وإذا تزوج نصراني المراد إذا تزوج ذمي كتابي أو مجوسي على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فليس لها مهر ولو أسلما أو رفع أحدهما الآخر إلينا أو ترافعا وهذا إذا لم يدينوا مهر المثل بالنفي وكذا لو تزوجها على دم لأنهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه وهذا لأنهم لا يتمولون الميتة حتف أنفها بخلاف الموقوذة وكذا في الحربيين هذا مذهب أبي حنيفة وبه قالا في الحربيين أي لو أسلما أو ترافعا أما في الذمية فلها عندهما مهر مثلها إن دخل بها أو مات أحدهما والمتعة إن طلقها قبل الدخول لو قوعه في نكاح لا تسمية فيه وبهذا قال زفر في الحربيين أيضا لأن الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيتناول الكفار بناء على أنهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها غير أنه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من أهلها فيتمحض معاملة في حقه ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين الأحكام وليس لنا عليهم ولاية الإلزام للتباين بخلاف أهل الذمة فإنهم التزموها في المعاملات وولاية الإلزام ثابتة فنعزره إذا زنى ونمنعه عن الزنى ونحكم بفساده والنكاح بشهود ولذا تجري عليهم أحكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وقد يقال من طرق زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم لعموم الخطاب حتى إذا ترافعا يقضي عليهما بما لزمهما حال كونهما حربيين إنما أثرهما في الوجوب ليظهر عند إمكان التزامهم أثره **قوله** ولأبي حنيفة رحمه الله حاصله منع المقدمة القائلة أنهم التزموا أحكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين بعقد الذمة إلا ما يعتقدون خلافه فيها إلا ما شرطنا عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم كذا في بعض كتب الفقه وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي فمحمل أحدهما من يدين بحرمتهن ومحمل الآخر من لا يتدين به كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمر بإلزامهم بل بتركهم وما يدينون فصار أهل الذمة أولى من أهل الحرب بذلك لأن المانع فيهم المنعة الحسية وأمرنا بجهادها والمانع في أهل الذمة المنعة الشرعية وأمرنا بتقديرها بخلاف الربوا لأنه مستثنى من عقودهم قال صلى الله عليه وسلم إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد روى معناه القاسم بن سلام

كان الطلاق عقيب الثاني

وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الاختلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابيحنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رح يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رح يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابيحنيفة رح ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام

بسنده في كتاب الاموال عن ابي المليح الهذلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران فكتب لهم كتابا فساقه وفيه ولا تاكلوا الربى فمن اكل منهم الربى فذمتي منهم بريئة وفي مصنف ابن ابي شيبة بسنده الى الشعبي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم نصارى ان من بايع منكم بالربى فلا ذمة له وهو مرسل وهو حجة عندنا واذا استثنينا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الاسلام الا المستثنى فبعد الاسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرط البقاء والذي يقتضيه النظر ان الاستدلال على ان الكفار مخاطبون بالمعاملات ان تم تم المطلوب لزفر منها لان الامر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى ان لا يتعرض لهم ما لم يرضوا بحكمنا وسيلو اذ ذلك لا يمنع من قيام لزوم المهر شرعا في ذمتهم حالة الاسلام وان كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا يمنع القضاء بالتقرير في الذمة اول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم

قوله وقد قيل ان في الميتة والسكوت عن المهر روايتان بخلاف نفيه صريحا ففي ظاهر الرواية لها مهر المثل وذكر الكرخي انه لا فرق بين قياس قول ابيحنيفة رح بين السكوت والنفي ووجهه على ما في المبسوط ان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه الا بالشرط وجه الظاهر ان النكاح معاوضة فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لانها ليست مالا عندهم فذكرها لغو وصحح المصنف ان الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر **قوله** فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير باعيانهما ثم اسلما او اسلم احدهما قبل قبض الصداق المذكور فليس لها الا الخمر والخنزير وان كان بغير اعيانهما واسلما قبله فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا التفصيل مذهب ابيحنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وهو قول الائمة الثلاثة وقال محمد لها القيمة في الوجهين وهو قول ابي يوسف رح الاول ولما اشترك قولاهما في عدم ايجاب عين الخمر والخنزير اذا كانا باعيانهما جمع بينهما في دليله فقال وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض المعين ولهذا لو هلك قبل القبض او تعيب فاحشا فهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله ان كان مثليا والا قيمته وبعد القبض يهلك من مال المراة ويتنصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض اذا طلقها قبل الدخول لا يتنصف الا بالقضاء او تراض على ما اسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر وكذا الزوائد تتنصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا فيكون له شبه بالعقد لثبوت اثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالاسلام كما يمتنع العقد اي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد الحاقا لشبهة العقد بحقيقته في المحرمات وليس يريد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فامتنع افترقا فقال ابو يوسف رح لو كانا مسلمين وقت العقد فعقدا على الخمر والخنزير يجب مهر المثل وكذا اذا كانا مسلمين وقت القبض ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض تجب القيمة لامتناع اعطاء مثل الخمر **قوله** ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه قبل القبض ببدل وبغير بدل فقبضه ليس موجبا لملكه ولا لملك التصرف فيه فليس مؤكدا بل ما للمجرد الضمان من الزوج الى المراة في الهلاك وذلك اي انتقال الضمان لا يمتنع بالاسلام لان موجبه صورة اليد وصورتها لا تمتنع بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره والذمي اذا غصب منه الخمر والخنزير ثم اسلم له ان يسترده من الغاصب فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر ثم تخليله او يريقه والخنزير فيسيبه فان كان مرادكم من كون القبض مؤكدا غير هذا منعنا كونه مؤكدا وان كان المراد بذا سلمنا كونه مؤكدا ومنعنا منافاة الاسلام اياه وفي الاسرار ولان سلمنا ان القبض مؤكد للملك فلا نسلم ان الاسلام يمنع تاكد الملك بدليل ان من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان الملك فيه واه يجوز ان يهلك

بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رح يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما

العبد عنده قبل التسليم اليه وبالتسليم اليه يتقرر الملك وهذا التسليم لا يمتنع بالاسلام وان كان فيه تاكيد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضها او بها عيب ثم اسلم سقط خيار الرد وان كان في سقوطه تاكد ملك الخمر فعلم ان الاسلام لا يمنع تاكد الملك **قوله** بخلاف المشتري متصل بقوله يتم بنفس العقد ولهذا ايملك التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف المشتري لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه القبض فيه هو المفيد لملك التصرف والاسلام مانع منه فاذا باع الذمي الخمر والخنزير او اشتراهما ثم اسلم ينفسخ البيع لامتناع افادة ملك فيهما مع الاسلام وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالاجماع وظن بعض الفضلاء ان قوله في النهاية ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فيقبض المشتري ناقل الضمان للملك وضمان المهر في يد الزوج ليس ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكها ينافي قول الهداية وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وهو غلط وانما معناه ان بالهلاك في يد البائع يعود الى ملكه فاذا هلك على ملكه لا يضمن لاحد شيئا بل يسقط الثمن وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن واما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاك ملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب وبهذا صرح في النهاية به بعد قوله يهلك على ملكها بان قال ولهذا اوجب لها القيمة **قوله** ولو طلقها قبل الدخول بها ففي المعين لها نصفه عند ابي حنيفة رح وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لانه اوجب القيمة فيتنصف وعند ابي يوسف رح وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف

باب نكاح الرقيق الرقيق العبد ويقال للعبيد لما فرغ من نكاح الاحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الارقاء والاسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم اولاه نكاح الارقاء ثم اولاه نكاح اهل الشرك واما ما تقدم من فصل النصراني فانما هو في المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فارقه تتمة له **قوله** لا يجوز نكاح العبد الا باذن سيده اي لا ينفذ فانه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك وبرواية عن احمد ونسبه الى مالك في الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقرير وجهه المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بان من يملك رفع شئ ملك وضعه ويمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك اثباته شرعا على نفسه وكذا ملك التطيب ولم يملك اكل السم وادخال المؤذي على البدن والاوجه بيانها بانه ملك الطلاق لانه من خواص الادمية فكذا النكاح ويجاب بما ذكر والحديث الذي ذكره هو قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والعاهر الزاني وفي السنن ايضا عن ابن عمر رض عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اما في العبد فتشتغل الذمة بالمهر والنفقة واما في الامة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وهذا تصرف في ماله بالافساد فلا ينفذ الا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب الى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح فالطلاق ازالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح لا يقال يصح الاقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع ان فيه هلاكه فضلا عن تعييبه لانا نقول هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع امرا ونهيا كالصلوة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيره الا فيما علم اسقاط الشارع اياه عنه كالجمعة والحج ثم هذه الاحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد اخرجه عن ملكه في ذلك الذي دخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد واعاظم العيوب وكذا المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اذ به يحصل المهر والنفقة للمولى والولد للعبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الاب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الامة لا العبد لانه تنقيص للمالية وانا شر

لذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده

غيرهما كالمكاتب والمضارب والعبد الماذون فليس لهم تزويج الامة عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وقال ابو يوسف ره يملكون وانما لم يجز تزويج المكاتبة نفسها لما ذكره **قوله** وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا من بقاء ذات المكاتب على الرق والاكتساب الذي اوجب الكتابة اطلاقه له ما لا يوجب خللا في ذات المملوكة والاكتساب بالنكاح انما يكون بتمليك جزء منها بغير السيد او بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء من العين كالارش ولان هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحته الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وافضائها الى زوال ملك الرقبة بجواز التعجيز والرد الى الرق فترد مملوكة البضع للغير ممتنعة على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد **قوله** وكذا المدبر والمدبرة يعني لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن ام الولد يعني لو زوج ام ولده فجاءت بولد من الزوج فان حكمه حكم امه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه واما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة ره لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه حر مديون وهذا فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها ولا يجوز للعبد ان يتسرى اصلا اذن له مولاه او لم ياذن لان حل الوطي لا يثبت شرعا الا بملك اليمين او عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطيه في عقد النكاح **قوله** واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه وقوله يباع فيه اي ان لم يفده المولى وتقريره انه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه اما وجوبه فللمقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى للاذن واما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن ارباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والحاصل ان الدين انما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته فحين اذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه مال فكان لهم ان يقبضوا من نفسه فعلى هذا يكون الاذن رفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير انه ان فداه المولى حصل المقصود والمقتضي لذلك دفع المضرة عن ارباب الديون واذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانها تجب شيئا فشيئا واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا زوج عبده من امته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب ثم يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة في هذا الوجوب لانه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى **قوله** والمدبر والمكاتب يسعيان الخ اي لعلم المولى بتزوجهما ثم لم يمتنع الاداء عنهما بسببهما لانهما لا يحتملان النقل عن ملك الى ملك وكذا معتق البعض وابن ام الولد فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما الا ان عجز المكاتب فصار في الرق فحينئذ يباع في المهر **قوله** فقال له طلقها او فارقها فليس ذلك باجازة تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل ان يقول رضيت او اجزت او اذنت والدلالة ان يسوق اليها المهر او بعضه وسكوته لا يكون اجازة ثم الفاظ اختلف فيها والفاظ لم يختلف في عدم اعتبارها فمثل قوله هذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك الله لك فيها او احسنت او اصبت ولا باس بها اختلف فيه قال الفقيه ابو القاسم ليس بشيء منها اجازة واختيار الفقيه ابي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد انه اجازة ما لم يعلم انه قال استهزاء اعرف هذا في مسئلة الكتاب وهو ما اذا قال طلقها لا شك ان مقتضى حقيقة اللفظ فيها الاجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك ان افتيات العبد على سيده وتمرده بمباشرته سبب لغيظه عليه يستوجب به زجره به فارق الفضولي المحض فانه معين والاعانة تنتهض سببا للامضاء لتصرفه وعدم النكاية ولذا لو قال للفضولي طلقها كان اجازة ما هو الا وجه

تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطي

ولذا اخذنا اول المسئلة في العبد انه فضولي في الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستعمال فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا في قصد الرد ما لم يعلم قصد الاجازة بظاهر تقترن به او نص آخر مثل ان يقول طلقها تطليقة تملك الرجعة او اوقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذي تملك الرجعة بعده لا يقال الا ان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقة بخلاف طلقها فانه قد يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاقا مجازا فصلحت هذه المسئلة متمسكا لابي القاسم ومن قال بقوله والجواب ان لفظ الطلاق المجرد استعمل كثيرا في المتاركة العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو احسنت الخ فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل لظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقته فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم اتتخذنا هزوا قال اعوذ بالله ان اكون من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهومه يفيد الاجازة بلا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب بصحة النكاح ولذا لم يستعمل المقيد اعني قوله طلقها تطليقة تملك الرجعة او اوقع عليها في المتاركة جعل اجازة فوجب ترجيح قول الفقيه ومن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصنف لما لم يوجبه الا بان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح افاد انه يثبت اقتضاء فيورد عليه طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا لا يعتق مع ان كلا منهما لا يكون الا بعد الحرية واجيب بان اثبات الشرائط التي هي اصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للتحقق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لثبوته تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعيب مال الغير فقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لا لاثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والحرية شرط العتق وقوله اعتق عبدك عني بالف يثبت به تحويل المملوكية اليه لا اصلها في العبد ومملوكيته في العبد امر زائد على مملوكيته وعلى تقريرنا لا احتياج الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بعد ان باشر بلا اذن فللمشتري الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث اما ان كانت امة فتزوجت بلا اذن ثم مات المولى فورثها من يحل له وطيها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطيها كان ورثها جماعة او امرأة او ابن المولى وقد كان الاب وطيها توقف على اجازة الوارث وعلى هذا قالوا في امة تزوجت بغير اذن مولاها فوطيها الزوج فباعها المولى للمشتري الاجازة لانه لا يحل له وطيها الان وطي الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد فيحل للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل الثابت على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع واصله ان الموقوف على اجازة انسان تحتمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثاني قلنا انما توقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثاني مثله في ذلك فالحاصل انه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله **قوله** تزوج هذه الامة التقييد بالامة والاشارة اتفاقي فان الحكم المذكور جار في الحرة وغير المعينة **قوله** واصله اي الخلاف الاختلاف في ان الاذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على ان الاذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى ان التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فالمقام بالتوكيل بالنكاح لان علة الاصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح وكذا لو حلف لا يتزوج

ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا مديونا له امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء في مهرها ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها أسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح

ينصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد في المستقبل الحلف على الاعفاف وذلك بالصحيح بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد في الماضي النقد والحقه بالبيع بجامع ان بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعميم واجراء اللفظ على اطلاقه فيتفرع على هذا انه يباع في المهر في الفاسد اذا دخل بها فيه عنده وعندهما لا وانه لا يجوز له تزوج اخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما له ذلك لان الاذن لم ينته بذلك **قوله** ومسئلة اليمين على هذه الطريقة اي طريقة اجراء اللفظ على عمومه ممنوعة والطريقة الاخرى ان العبد في النكاح مبقي على الحرية لانه من خواص الآدمية والحاجة الى اذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكانه قال له اذا قال تزوج اشغل رقبتك بمهر وهذا يتحقق بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة صحيحة لما سنذكر من ملك السيد انكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه لانه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريق الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بان الايمان مبنية على العرف والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فيبطل ما يقال الاعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح ليظهر كون الحلف عليه والله اعلم **فروع** الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلثا ثم اذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند ابي حنيفة ومحمد ومع الكراهة عند ابي يوسف رح الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان عجز ورد في الرق وعند الشافعي رح يفسد للحال لملك زوجته شيئا منه ولذا يصح اعتاقه اياه وبدل الكتابة لها قلنا لم تملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك الا بالعجز وعند ذلك قلنا بالفساد للنكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة وانما العتق فيه فلانه براءة عن بدل الكتابة او لانهم يعتق الثالث اذا غر عبد بحرية امة فتزوجها على انها حرة فولدت فالولد عبد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر **قوله** ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل فلو زوجها منها باكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا لوجود المقتضي وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع وما يخال من انه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت الملك ثم يثبت المهر حكما له بالسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم تلزمه مبطلان حقهم في مقداره اذا كان مهر مثلها او اقل الخصوص امر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال الا في نفس الامر فكان ضمنيا فلا يعتبر في اثباته ونفيه الا حال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت اسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **قوله** ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها وكذا لو زوج ام ولده ومدبرته وان شرط الزوج التبوية لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوية ان يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجي وتخدم المولى لا يكون تبوية وعند الشافعي رح واحمد رح يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا وعند مالك رح يسلمها ليلة بعد ثلث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلث والتبوية ابطال له فيكون ابطال لحق الاعلى بالادنى واقدام السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوية بل بمجرد اطلاق وطيه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وهذا القدر ثابت فاثبات القسم كذلك اثبات بلا دليل لا يقال بالملك منافع بضعها لزمه تسليمها الا انا نقول التسليم بالتخلية والتبوية امر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها واذا بوأها ثم بدا له ان يردها الى خدمته كان له ذلك وكلما بوأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما اعادها سقطت فان قلت ما الفرق بين ان يشترط الزوج التبوية فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوية وبين ان يشترط الحر المتزوج بامة رجل حرية اولاده حيث يلزم في هذه وتثبت حرية ما يأتي من

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما

من اولاده وهذا ايضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب ان قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار بخلاف اشتراط التسرية فانه تعليقه بما لا يقع شيء عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجوده على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل ان المعلق هنا وعد يجب الايفاء به غير انه لم يف به لا يثبت متعلقه اعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة تجب لها النفقة في العدة ولو لم تكن مبوأة من الابتداء او طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما

فرع ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه ملكه لا على الاب **قوله** قال اي صاحب الهداية ذكر اي محمد تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما اي لم يشترطه وهذا يرجع الى مذهبنا لان المذهب ان للمولى اجبارهما اي ان يعقد لهما فينفذ عليهما علما ورضيا او لا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف وعند الشافعي رح لا اجبار في العبد بل في الامة وهو رواية ذكرها عن ابي حنيفة رح صاحب الايضاح والطحاوي عن ابي يوسف وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان احدهما ان ما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانتفى كالاجنبي وكتزويجه مكاتبته ومكاتبته بخلاف امته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما انه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه له المقتضي لتمكنه من اصلاحه ودفع اسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنى الذي هو طريق الهلاك او النقصان به او في ماليته لتعيبه فاما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وانها علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانها منتقضة طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها واما نفي الفائدة فظاهر الانتفاء بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين احدهما ان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني ان حشمة السيد في قلب عبده وانفته من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله فكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها واما الحاقه بالمكاتب والمكاتبة فمع الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما ومن هذا استطرفت مسئلة نقلت من المحيط هي ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت فعتقت بقي النكاح موقوفا الى اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال رقها ولم يعتبر بعد العتق هكذا اورده الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازتها بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من انه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فاعتقه نفذ لانه لو توقف فاما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولي مجيز وانما التوقف على اذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهة اذ لا نفاذ حالة الصبي وعدم اهلية الراي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل ان الصغير والصغيرة ليسا من اهل العبارة بخلاف البالغ وسياتي زيادة في ذلك واما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقدرته ابطال ما امضاه سيده شيء

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله

فيكون منتفيا فضعيف لان المراد والله اعلم على شيء من المال ليساقه في مقابلة ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا بل يستوون ولقطع بانه يملك الطلاق وهو شيء ليس بمال **قوله** ومن زوج امته ثم قتلها الخ السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفي تزويج امته هو المستحق لها فلو قتلها قبل الدخول سقط عند ابي حنيفة رح عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه وقالا لا يسقط والاتفاق على عدم سقوطه بقتلها اياها بعد الدخول وبقتل اجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله ولو ماتت حتف انفها لم يسقط بل يتقرر بالموت اذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله اياها بعد لزومه وكقتل الاجنبي اياها ولابي حنيفة رح انه منع المبدل قبل التسليم والتسليم فيجازى بمنع البدل اذا كان من اهل المجازات كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول او قبلت ابن الزوج والقتل وان كان موتا لكنه جعل في احكام الدنيا اتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد اعلمها وقد ثبتت احكامها كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطاء وانما سقطت الدية والقود للاستحالة ولهذا لو كانت الامة رهنا عند انسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها للمرتهن ولو لم يكن من اهل المجازاة بان كان صبيا زوج امته او وصيه مثلا قالوا يجب ان لا يسقط في قول ابي حنيفة رح بخلاف الحرة الصغيرة اذا ارتدت ليسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من اهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تحظر والردة محظورة عليها الا الامة فلا رواية في ردتها واختلف المشائخ قيل لا يسقط لان المنع هو المستحق لم يكن من له الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المهر يجب اولا لها ثم ينتقل الى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف اليه وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله **قوله** وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها فلها مهر مثلها يستحقه ورثتها خلافا لزفر رح ولم يحك خلاف زفر في المبسوط بل خلاف الشافعي وهو قول له ولم قول آخر بالسقوط وانما قيد بالحرة لان في قتل الامة نفسها روايتين عن ابي حنيفة رح في رواية لا يسقط كالحرة بل اولى لان المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع المبدل وهو قولهما وقول مالك وقول الشافعي رح في رواية يسقط وهو مذهب الشافعي رح لان فعل المملوك يضاف الى مالكه في موجبه ولذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها او فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى لها والاوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشائخ في ردتها بالسقوط وهو ان المهر يجب اولا لها ثم ينتقل الى المولى وفائدة الاولوية ما ذكرنا انه اذا كان عليه دين قضي ولم يبطل المولى الا افضل لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى امته على قول ابي حنيفة والجامع بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها ما بيناه من منع المبدل قبل التسليم ولنا ان جناية المرء على نفسه هدر في احكام الدنيا انما يؤاخذ به في الآخرة ولذا قال ابو حنيفة رح ومحمد في قاتل نفسه يغسل ويصلي عليه لم يعتبره باغيا على نفسه بخلاف ردتها فانها معتبرة في احكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فسقط بها المهر بخلاف قتل المولى امته لانه اعتبر في احكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها اما الامة فمهرها ملك المولى فكان فعلها ابطالا لحق نفسه وهو يملكه كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه قيمته ولو قال الحر اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لانه في الاول بحق نفسه وفي الثاني مبطلا بحق الورثة واستشكل بالحرة يقتلها وارثها لا يسقط المهر اجيب بانه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حق نفسه في المهر **قوله** واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رح العزل جائز عند عامة العلماء وكرهه قوم من الصحابة رضي الله عنهم لما في مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها عن جذامة بنت وهب اخت عكاشة قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في اناس فسألوه عن العزل فقال ذلك الوئد

وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان الوطي حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة

الخفي وكذا ذكر شعبة عن عاصم عن زر عن ... وصح عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال هي الموؤدة الصغرى وصح عن ابي امامة انه سئل عنه فقال ما كنت ارى مسلما
يفعله وقال نافع عن ابن عمر رض ضرب عمر على العزل بعض بنيه وعن عمر وعثمان رضي الله عنهما انهما كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز ففي الصحيحين عن جابر كنا
نعزل والقرآن ينزل وفي مسلم كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا وفي السنن عن ابي سعيد الخدري
ان رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لي جارية فانا اعزل عنها وانا اكره ان تحمل وانا اريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث ان العزل الموؤدة الصغرى
قال كذبت يهود ولو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه وفي صحيح مسلم عن جابر قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان عندي جارية وانا اعزل
عنها فقال صلى الله عليه وسلم ان ذلك لا يمنع شيئا اراده الله تعالى فجاء الرجل فقال يا رسول الله ان الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت فقال صلى الله عليه وسلم
انا عبد الله ورسوله فهذه الاحاديث ظاهرة في جواز العزل وقد روي عن عشرة من الصحابة علي وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابي ايوب
وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وابي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود رض وروي المنع عن ابن عباس رض وحديث السنن يعني حديث
[illegible] في السنن وهو حديث صحيح وان وقع فيه اختلاف عن يحيى بن ابي كثير فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر وقيل عنه
عن ابي [illegible] عن رفاعة وقيل عن ابي سلمة عن ابي هريرة رض فان الطرق كلها صحيحة وجاز ان يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل
[illegible] حديث جذامة لانه يخرج عن الاصل اعني الاباحة الاصلية الا ان كثرة الاحاديث تدل على اشتهار خلافه
[illegible] حتى تمر عليها التارات السبع اسند ابو يعلى وغيره عن عبيد بن رفاعة عن ابيه قال جلس الى عمر علي والزبير
[illegible] فتذاكروا العزل فقالوا لا باس به فقال رجل منهم انهم يزعمون انها الموؤدة الصغرى
فقال علي [illegible] حتى تمر عليها التارات السبع حتى تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما
[illegible] فقال عمر صدقت اطال الله بقاءك وفيه خلاف ما عن علي وعمر رض من المنع المتقدم ثم في بعض اجوبة المشايخ الكراهة وفي
[illegible] على الجواز [illegible] في زوجته الحرة يفتقر الى رضاها وفي منكوحته الامة يفتقر الى الاذن والخلاف في انه للسيد او لها
[illegible] من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها
[illegible] والموافق لما ذكره الصدر الشهيد والعتابي وفي بعضها عن ابي يوسف ومحمد رح وهي النسخة الصحيحة لانه
[illegible] في الجامع الصغير انه لمولاها من غير حكاية خلاف وبقرينة قوله في وجه قول ابي حنيفة رح وجه ظاهر الرواية
[illegible] فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر ان حقها في نفس الوطي قد تأدى
بالجماع [illegible] الولد الحق به لمولاها لانه عبده واستفاده فيشترط اذنه ثم اذا عزل باذن او بغير اذن ثم ظهر بها
[illegible] ان بال قبل العود حل نفيه وان لم يبل لا يحل كذا روي عن علي رض لان بقية المني في ذكره يسقط فيها ولذا
قال [illegible] قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه اعادة الغسل وفي فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل
[illegible] فليس له ان كان في سعة من نفيه وان كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما يعزل فيقع الماء في الفرج الخارج
[illegible] قالوا الخصومة للمولى او لها على الخلاف وهل يباح الاسقاط بعد الحبل يباح ما لم يتخلق شيء منه

وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة ولذلك المكاتبة يعني

موضع قالوا ولا يكون ذلك الا بعد مائة وعشرين يوما وهذا يقتضي انهم ارادوا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة

قوله واذا تزوجت امة باذن مولاها او زوجها هو برضاها او بغير رضاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا اما اذا زوجت نفسها بغير اذنه ثم اعتقها فسياتي انه ينفذ النكاح بالاعتاق ولا خيار لها والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا فلا خيار لها وهو قول مالك ومنشأ الخلاف الاختلاف في ترجيح احدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة هل كان حين اعتقت حرا او عبدا وفي ترجيح المعنى المعلل به اما الاول فثبت في الصحيحين من حديث عائشة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواه القاسم ولم تختلف الروايات عن ابن عباس رض انه كان عبدا وثبت في الصحيحين انه كان حرا حين اعتقت وكذا روي في السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة رض ترجيح انه كان حرا وذلك ان رواة هذا الحديث عن عائشة رض ثلثة الاسود وعروة والقاسم فاما الاسود فلم يختلف فيه عن عائشة رض انه كان حرا واما عروة فعنه روايتان صحيحتان احدهما انه كان حرا والاخرى انه كان عبدا واما عبد الرحمن بن القاسم فعنه روايتان صحيحتان احدهما انه كان حرا والاخرى الشك ووجه آخر من الترجيح مطلقا لا يخص بالمروي فيه عن عائشة رض وهو ان رواية خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا يحتمل كون الواو للعطف فيه لا للحال وعلى تقدير انه اخبار بالامرين وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها اذ لا بعد احتمال ان يراد بالعبد العتيق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع في العرف والذي لا مرد له من الترجيح انه رواية كان حرا انص من كان عبدا ولما قلنا وتثبت زيادة فهي اولى ايضا فهي مثبتة وتلك نافية للعلم بانه كان حالته الاصلية الرق والنافي هو المتبقي والمثبت هو المخرج عنها واما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي رح وغيره عقلوه عدم الكفاءة وهو ضعيف فان ثبوتها انما يعتبر في الابتداء لا في البقاء الا يرى انه لو اعتبر الزوج في البقاء وانتفى نسبه لا يثبت لها الخيار واصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لانها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها وهذا من رد المختلف الى المختلف فان الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكانه اعتماد على اثبات الاصل المختلف فيه واورد انه دفع ضرر باثبات ضرر وهو رفع اصل العقد واجيب بانها لا تتمكن الا به مع انه رضي به حيث تزوج امة مع علمه بانها قد تعتق ثم انه استضعف بان عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بان لا يطلقها اصلا الى الموت فلا ضابطة لذلك وتارة لعلة منصوصة وهي ملكها بضعها روى ابو بكر الرازي بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لها حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وروى ابن سعد في الطبقات اخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن ابي هند عن عامر الشعبي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك معك فاختاري وهذا مرسل وهو حجة واخرج الدارقطني عن عائشة رض انه صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك معك وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر الا التنبيه على ثبوت اختيارها نفسها وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة انه صلى الله عليه وسلم قال لها ملكت نفسك فاختاري فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة واذن فالواجب ان تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاها ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها حرا او عبدا وفيما اذا كانت مكاتبة عتقت باداء الكتابة لو زوجها سيدها برضاها او قبله وخالف زفر رح في المكاتبة وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب واستدل بان العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو صح لزم ان سيد الامة لو زوجها برضاها ومشاورتها في ذلك ان لا خيار لها وليس بصحيح والاوجه في الاستدلال ان النص لم يتناولها وهو قوله عم ملكت بضعك فاختاري

إذا تزوجت بإذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لإثبات
الخيار بخلاف الأمة لأنه لا يعتبر رضاها ولنا أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لأن عدتها قرءان وطلاقها
تنتان وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم عتقت صح النكاح لأنهما من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال
ولا خيار لها لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما إذا زوجت نفسها بعد العتق فإن كانت تزوجت بغير إذنه على
ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى وإن لم يدخل بها
حتى أعتقها فالمهر لها لأنه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى
وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد

لأن المكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق وأجيب بالمنع لأن ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وإنما كانت مالكة لأكسابها ولقائل
أن يقول قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس معناه إلا منافع بضعك إذ لا يمكن ملكها العين وملكها لأكسابها يتبع لملكها المنافع
نفسها وأعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص وترجح قول زفر رحمه الله في المبسوط لو كانت حرة
في أصل العقد ثم صارت أمة بأن ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب معا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند أبي يوسف رحمه الله لأنها بالعتق
ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها وقال محمد رحمه الله لا خيار لها لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقض الملك بعارض الرق
فإذا أعتقت عاد الملك إلى أصله كما كان فلا يثبت الخيار لها **قوله** وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح أي نفذ بمجرد العتق
ولا فرق بين الأمة والعبد في هذا الحكم وإنما فرضها في الأمة ليترتب عليها المسألة التي تليها تفريعا وعن زفر رحمه الله أنه يبطل النكاح لأن توقفه كان
على إجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن إبقاؤه موقوفا على إجازته لبطلان ولايته وإذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة وإذا
وصار كما إذا اشترت ثم أعتقت يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم إمكان القسمين قلنا إن الأمة والعبد من أهل العبارة ولذا صح إقرارهما بالدين
ويطالبان به بعد العتق وأهلية العبارة من خواص الآدمية وهي باقية فيهما على أصل الحرية وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال بالعتق وحاصل هذا أنه انعقد
من جهتها ويجب أن ينفذ من جهة المولى ما دام حقه فإذا زال بقي النفاذ من غير جهة توقف أما البطلان فيما ذكر فليس لما قال بل لأن الشراء يتحول حكم العقد الواحد فإنه
العقدة موجب الملك للمولى ولو نفذ بعد عتقها كان موجبا الملك لها فأورد على التعليل النقض بصور منها لو تزوج بغير إذن المولى ثم أذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجيز العتق
ما صنع وإذا زوج فضولي شخصا ثم وكله توقف على إجازة الفضولي بعد الوكالة وأما إذا زوج ولي أبعد مع وجود الأقرب ثم غاب الأقرب أو مات فتحولت الولاية إلى
المزوج توقف على إجازته مستأنفة منه وكذا سيد المكاتبة الصغيرة إذا زوجها بلا إذنها توقف على إجازتها فإن أذن ثم عتقت لا يجوز ذلك النكاح إلا بإجازة
مستقلة من السيد مع أنه المزوج أجيب عن الأول والثاني بأن الإذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة إلى ما يستقبل من وقتهما فلا يسريان فيما
قبلهما ولما كان مقتضى هذا أن لا يجيز بالإجازة أيضا إلا أنا استحسناه وعن الثالث بأن الأبعد لم يكن وليا حين زوج ومن ليس وليا في شيء لا يتأنى حسن النظر
في عواقبه ويحكم الرأي فيه بل يتوانى اتكالا على رأي الأقرب فلم يكن النكاح على الوجه الأصلح ظاهرا فيجب توقيفه على إجازته بعد صيرورته وليا ليثبت
ظهور كونه أصلح قال في الفوائد الظهيرية وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع يعني سيد المكاتبة الصغيرة وقد يفرق بأن الولي
الأبعد إنما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأي الأقرب أما هنا فلا يتجه اعتماد المولى على رأي الصغيرة فيترك النظر فكان
الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والشفقة الخاصة من غير ما يوجب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه من النظر
ويرد ما قدمناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ **قوله** ولا خيار لها لأن النفوذ بعد العتق وخيار العتق إنما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لرفع
زيادة الملك فلا تتحقق زيادة لذلك وأورد ينبغي أن يثبت لها الخيار لأن بالاستناد يظهر أن النفاذ قبل العتق والجواب أن الشيء يثبت ثم يستند
وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار معه **قوله** فإن كانت تزوجت على ألف ومهر مثلها مائة فإنه نص على زيادة المسمى على مهر المثل ليكون الجواب
على التفصيل إن دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لأنه استوفى منافع مملوكة له أو بعده فلها لأنه استوفى منافع لها وكان يتبادر أن في الوطء قبل
العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية ح ثم كان دخولا في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى

باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسألة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسألة معروفة

منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها لان الزيادة انما تثبت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها والثابت بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا اعتقت ووطئت يجب المسمى لها لانه صح بصحة العقد فيجب مهران المسمى ومهر المثل لكن انهدام ذلك كله بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذلك العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب معه لا يقال فيجب ان يكون المهر في الوجهين لها لانه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لانا نقول الاستناد يظهر في القائم لا في الفائت ومنافع البضع فائتة فحين فاتت كانت على ملك المولى فكان بدلها له وقد يورد فيقال لو استند الى اصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها حتى اعتقها وهو بمعزل عن صورة المسألة فانها النفاذ بالعتق وبه يملك منافعها بخلاف النفاذ بالاذن والرق قائم هذا اذا كانت الامة كبيرة فان كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر وعندنا يتوقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا اجاز جاز فاذا بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ الا اذا كان المجيز ابا او جدا وقدمنا في باب الاولياء انه يستغنى بخيار الادراك عن خيار العتق لانه المنجبر **قوله** ولهذا اي لاتحاد بالاستناد لم يجب مهر آخر اي مهر المثل بالدخول في نكاح موقوف وقد ذكرناه **قوله** ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسألة ان يدعيه الاب وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا فان كان الاب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية ولو افاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة اشهر صح استحسانا لا قياسا ولو كان من اهل الذمة الا ان ملتيهما مختلفة جازت الدعوة من الاب ويشترط ايضا كون الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى الدعوة فلو حبلت في غير ملكه او فيه واخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك ولا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن ودعوة الجد لاب كالاب ولا تصح دعوة الجد لام اتفاقا وشرط دعوة الجد لاب ان يكون حال عدم ولاية الاب لموت وجنون او رق او كفر وان تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما قلنا في الاب **قوله** ووجهه اي وجه هذا المجموع ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى بقاء نفسه لما سنذكر وكذا الى صون نسله لانه كنفسه اذ هو جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس اشد منها الى حفظ النسل فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة ويحل له الطعام عند الحاجة ولا يحل له وطء جارية ابنه عند الحاجة اليه عند الائمة الا ما نقل عن مالك بن انس وابن ابي ليلى ويجبر الابن على الانفاق عليه دون دفع الجارية اليه للتسري فللحاجة جاز له التملك وللقصور اوجبنا عليه القيمة مراعاة للحقين وتحصيلا للمقصودين مقصود الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا عقر عليه وهو مهر مثلها في الجمال اي ما يرغب فيه في مثلها جمالا فقط واما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنى لو جاز فليس معناه بل العادة انما يعطى لذلك اقل مما يعطى مهرا لان الثاني للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادة عليه خلافا لزفر والشافعي فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبل الوطء شرطا لصحة الاستيلاد عندنا وعنده قبيل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطء قلنا لازم كون الفعل زنا ضياع الماء فلو لم يتقدم عليه يثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي والاول لازم فظهر ان الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن او غيره تجب حصة الشريك الابن او غيره من العقر وقيمة باقيها اذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك له يكفي لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك في باقيها حكما له لا شرطا ثم مقتضى قوله لان لا تجب

قال ولو كان الابن تزوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي له خلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولده ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه بالقرابة **قال** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين

قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن في قول يجب ولا حد قاذفه اتفاقا لان شبهة الخلاف في ان الملك ثبت قبل الايلاج او بعده يسقط احصانه **قوله** ولو كان الابن تزوجها اي زوج امته اباه فولدت منه لا تكون ام ولد للاب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر وهذا لانه صح النكاح خلافا للشافعي رحمه الله لان عنده لا يجوز تزوج الاب جارية الابن ومبنى الخلاف فيه ان الثابت للاب في جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزوجه اياها كامته مكاتبه والامة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه واستدل عليه بانه اي الابن يملك من التصرفات فيها ما لا يبقى معه ملك الاب ولو قال ما لا يجامعه ملك الاب لو كان لكان اولى فلا يكون للاب فيها ملك من وجه فهذه التصرفات هي وطؤه اياها وانفراده بتزويجها واعتاقها من غير ان يضمن للاب شيئا فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الاب من كل وجه واذا انتفت هذه الاحكام اجماعا لزم كون المراد بما رواه الامام احمد انت ومالك لابيك اثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح الا يرى ان الواهب يملك التزوج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد واصل الحديث في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان والدي يحتاج الى مالي قال انت ومالك لوالدك ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم ولما روي فيه عن حديث عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم ولد الرجل من كسبه من اطيب كسبه فكلوا من اموالهم معلقة بمجرد الاكل فان قيل لا نسلم ان حل الوطء ونحوه دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك في ام الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم اجزائهما عن الكفارة قلنا بل هما مملوكتان من كل وجه وعدم الاجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصانا في رقهما لا في ملك السيد واعلم ان المجاز لا بد منه في تركيب لانه اضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لانه حقيقة الاضافة في مثله ثم اضافه مع الابن للاب باللام المفيدة للملك في مثله والعطف عطف مفرد ولا يمكن حقيقة الملك في الابن فلزم في المال ايضا فنفي حقيقة الملك الا كانت اللام للمعنيين مختلفين في اطلاق واحد فبقي تعيين المعنى المجازي اهو حق او حق التملك فقد يقال حق الملك اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب اليها اولى لكن الاحكام التي ذكرناها تمنع حق الملك لانه ملك من وجه وهي تمنعه واذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا يصير به ام ولد للاب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لا يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه وما عن زفر انها تكون ام ولد له لانها لما كانت ام ولد له بالفجور للاب ولا قيمة عليه فيها فاولى بالحمل بعد صدوره عنه فان امومية الولد فرع لملك الامة وملكها ينافي النكاح انما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح **قوله** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وكذا اذا كانت الامة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه وقال زفر لا يفسد واصل الخلاف ان العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يسقط عنه وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء والمقتضي هو تصحيح كلامهما صونا له عن اللغو اذ لا مانع منه بخلاف ما لو قال لعبده اعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق المخاطب تصحيحا لكلام السيد لان الحرية اصل للتكفير بالمال واصل الشيء لا يكون تبعا لفرعه ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك لا يقال ملك الآمر ملك غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك اولا له لانا نقول الملك ملزوم للانفساخ فاذا ثبت ثبت الا يرى ان من قال لامرأته اذا اشتريتك فانت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسألة الوكيل لعدم ثبوت الملك له اولا بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد المتهب يقع الملك لمولاه ابتداء وان وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل حالة ثبوته ومثله لا يوجب الفسخ اذ لم يخلص ثبوته له لتخليصه

ولو قال اعتقه عني ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات

ثبوت اللزوم فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف وامره باعتاقه عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ضمنا للاعتاق الصريح الواقع جوابا واعلم انه لو صرح بالبيع فقال بعتك واعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المامور فيثبت البيع ضمنا في هذه المسئلة ولا يثبت صريحا كبيع الاجنة في الارحام وهذا لان الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشرط العتق الاهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المامور فاذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم الا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه **قوله** ولو قال ما تقدم كان اذا ذكر مالا مع الامر فلو اقتصر على قوله اعتقه عني ففعل المامور فعند ابي يوسف رح يقع عن الآمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع انه لا قبض منه وعندهما عن المامور وحاصل وجههما ان فيه شرطا لا يمكن اثباته اقتضاء وهو القبض لانه فعل حسي غير القول والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول ففعل اليد الذي هو الاخذ لا يتصور ان يتضمنه فعل اللسان فيكون موجودا بوجوده بخلاف القول فانه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مرادا للمتقدم وهذا ظاهر وقول ابي اليسر قول ابي يوسف اظهر لا يظهر بخلاف ما قاس عليه لان الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء بالعتق ليمكن اعتبار قابضيته نيابة اولا بل العتق تتلف ماليته

باب نكاح اهل الشرك لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبته من الاحرار والارقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين او غيرهم وهو المراد باهل الشرك اما تغليبا او اما ذهابا الى ان اهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقدمناه في فصل المحرمات وذا ما اطلاقا للمشرك عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله تعالى رب العزة والكبرياء وقدمنا انه انما اعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميما للباب المهر بعد واعلم ان كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح اذا تحقق بين اهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك ولا تصح انكحتهم بناء على تناول الخطاب العام اياهم مع ملزومية انكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية لكافر على الكافر ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم قال ولو قلت انما شرطناه اذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي ان يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة وقال فينبغي ان يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح وما لا ففاسد ولنا قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح واسلم فيروز على اختين فقال له صلى الله عليه وسلم اختر احديهما واسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم امسك اربعا الحديث ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتواردون الاسلام الى ان توفي صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين الف مسلم غير النساء فلم ينقل قط ان اهل بيت جددوا انكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لنقضت العادة بنقله فعلم انه قول باطل **قوله** واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين اي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر الا انا لا نتعرض لهم قبل الاسلام او المرافعة الى الحكام فالواو بمعنى او وقال ابو يوسف ومحمد رح في الوجه الاول وهو النكاح بلا شهود كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني وهو ما في عدة كافر كما قال زفر رح له اي لزفر ان الخطابات عامة على ما مر في فصل الذي يذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق لقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولهما وهو الفرق ان نكاح المعتدة مجمع على بطلانها عندنا فكانوا ملتزمين لها على ما مر هناك ايضا من ان مذهبهما

ولابي حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فاذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في المعتدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر بالكفر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما

ان اهل الذمة التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات وبهذا التقييد له حيث افاد انهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقا **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان الحرمة اي حرمة النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة لا يمكن حقا اثباتها للشرع اي الشارع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت الكتابية تحت مسلم طلقها فانه تجب العدة حقا له لانه يعتقده فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها واذا صح النكاح حال صدوره فحال المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها بل في ابتداء العقد لصورته وكذا العدة لا تنافيها اي لا تنافي حالة بقاء العقد كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع وجوبها وحرمتها عليه بهذا التقرير يفيد ان العدة لا تجب اصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه انما يملكها في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا اتت به بعد الطلاق لاقل من ستة اشهر وبه قالت طائفة من المشايخ وقيل تجب عنده لكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تزويج الامة في حال قيام وجوبه على السيد وقيل الاليق الاول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون وفيه نظر لان تركهم تحرزا عن الغدر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا اياه كالكفر تركوا اياه وهو الباطل الاعظم ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز ان يقال لا تجب واذا علم من له الولد بطريق آخر وجب الحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح وبجيئها به لاقل من ستة اشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به وهم لم ينقلوا عن ابي حنيفة رحمه الله ثبوته ولا عدمه بل اختلفوا ان قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك او لا فلا والاولى ان نقول بعدمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة وفي المبسوط ان الخلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة او الاسلام والعدة قائمة اما اذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالاجماع ثم هنا نظر ان الاول مقتضى توجيه ابي حنيفة رحمه الله ان الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الاصول من ان الاتفاق على انهم مخاطبون بها في احكام الدنيا والمسئلة ليست بمحفوظة عن المتقدمين وانما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفريعاتهم كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم اسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك والعراقيون على انهم مخاطبون بالكل وانما قلنا انه خلاف لان النكاح من المعاملات وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على انهم مخاطبون باحكام النكاح غير ان حكم الخطاب انما يثبت في حق المكلف ببلوغه اليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق اهل الذمة دون اهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني ان نفي ابي حنيفة رحمه الله العدة هنا انما هو فيما اذا كانوا لا يعتقدون عدمها ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ان لا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام لانه حين وقع كان باطلا فيلزم في المهاجرة لزوم العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة وتعليل النفي هناك بقول المصنف لانها وجبت اظهارا لخطر النكاح السابق ولا خطر لملك الحربي بالآية قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح اذا سبي الزوجان معا وسنذكره في تتمة

قوله فان تزوج مجوسي امه او بنته او مطلقته ثلاثا او جمع بين خمس او اختين في عقدة ثم اسلما او احدهما فرق بينهما اجماعا لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا يعني من قوله في المسئلة التي قبلها ان اهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا وهذه الانكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها وعلى ما حققناه من ان الكفار مخاطبون بالكل كقول العراقيين او بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على انه له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الاحكام في دارنا فتجعل نازلة في حقهم اذ ليس في وسع المبلغ سوى اشاعتها ومن الممكن علمها لكل واحد غير انا تركناهم وما يدينون بامر الشرع فاذا اسلما او اسلم احدهما وجب التفريق واما على ما اختاره القاضي ابو زيد واتباعه وجعله المصنف وغيره الصحيح من ان له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يسقط احصانه بالدخول فيه حتى لو اسلم فقذفه انسان يحد خلافا لمشايخ العراق القدوري وغيره فانهم لا يوجبون النفقة

ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التامل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر منه والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن اثبتنا الترجيح

والاجتماع بناء على ان الخطاب غير نازل في حقهم لانكارهم مع عدم ولاية الالزام فلان الحرمية تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل وانت علمت ان هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي ان يكون هو الوجه المختار وانما يصح ذلك في الحربيين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولانه لا يبلغهم فلا يثبت حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة الحرمية كما ذكرناه واما اذا ترافعا فعلى الاعتبارين يفرق لانهما رضيا بحكم الاسلام فالقاضي كالمحكم واما بمرافعة احدهما فعلا كذلك يفرق كاسلام احدهما وعند ابي حنيفة رح لا للفرق بين اسلام احدهما وغيره لان باسلام احدهما ظهرت حرمة الآخر عليه لتغير اعتقاد المصر المعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى بخلاف مرافعة احدهما ورضاه فانه لا يتغير به اعتقاد الآخر فيبقى الامر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض والاوجه تخريج الخلاف على الخلاف في انه حين عقد كان باطلا عندهما لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فاذا انقاد احدهما لحكم الاسلام كان كاسلامه وعنده كان صحيحا ورفع احدهما لا يرجحه على الآخر في ابطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة هذا كله بعد الاسلام او المرافعة اما اذا لم يكن احدهما فلا تفريق الا في قول ابي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين انه يفرق اذا علم ذلك لما روي ان عمر رض كتب الى عماله ان فرقوا بين المجوس ومحارمهم اجيب بانه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من وقت الفتوحات الى يومنا لم يشتغل احد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الاجماع وفي الغاية معزيا الى المحيط لو طلبت المطلقة ثلثا التفريق يفرق بينهما وكذا في الخلع يعني اختلعت من زوجها الذمي ثم امسكها فرفعته الى الحاكم فانه يفرق بينهما لان امساكها ظلم وما اعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم وكذا في المطلقة الثلث لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان لم يعتقدوا خصوص عدده وفي النهاية لو تزوج اختين في عقدة ثم فارق احدهما ثم اسلم احدهما ان الباقية نكاحها على الصحة حتى اقرا عليه انتهى وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق ان يفرق لوقوع العقد فاسدا او وجب التعرض بالاسلام **قوله** ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة اما المسلمة فظاهر لانها لا تكون تحت كافر واما الكافرة فلانه مقتول معنى وكذا المرتدة لا تتزوج اصلا لانها محبوسة للتامل ومنافاة النكاح مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع الا لها فكان احق بالمنع من منع تزوج المرأة بعبدها وبالعكس **قوله** فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه يتحقق من الطرفين في الاسلام العارض بان كانا كافرين فاسلمت او اسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق او بعده في مدة يثبت النسب في مثلها او كان بينهما ولد صغير قبل الاسلام احدهما فانه باسلام احدهما صار ذلك الولد مسلما هذا اذا كانا في دار واحدة اما لو تباينت دارهما بان كان الاب في دار الاسلام والولد في دار الحرب او على العكس فانه لا يصير مسلما باسلام ابيه وسنذكرها في السير في فصل من باب المستأمن ان شاء الله تعالى واما في الاسلام الاصلي فانما يتحقق بان يكون الام كتابية والاب مسلم فاجابات به مسلم فرح لا حاجة الى التخصيص الى هذه بقوله وكذلك اذا اسلم احدهما الخ فانها داخلة في عموم الاولى ومن افرادها وهذه اجماعية فنص عليها اما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا اما او ابا فحكمنا بان الولد كتابي بجامع الا نظر للولد في الدنيا بالاقتراب من المسلمين بالاحكام من حل الذبيحة والمناكحة وفي الآخرة بنقصان العقاب اذ كانت الكتابية اخف شرا من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الاحكام والشافعي يخالفنا فيه اي فيما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما اذا كان الاب كتابيا والام مجوسية انه مجوسي في اصح قوليه وبه قال احمد ترجيحا للتحريم وفي قوله الآخر انه كتابي تبعا للابوة وبه قال مالك رح لان الانتساب الى الاب ولو كانت الام كتابية والاب مجوسي فهو تبع له

وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الإسلام فإن أسلم فهي امرأته وإن أبى فرق بينهما

قوله واحد فلا تحل له مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسيا مطلقا وقوله للتعارض أي تعارض الالحاقين أي الالحاق بأحدهما يوجب حرمات وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالالحاق بالمجوسي ونحن بينا الترجيح بالقياس بجامعه وهذه الأحكام إنما تثبت تبعا والمقصود والأصل إثبات التبعية على وجه النظر له على ما بيناه أيضا قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على فطرة الإسلام حتى يكون أبواه اللذان يهودانه الحديث جعل اتفاقهما ناقلا له عن الفطرة وإذا لم يتفقا بقي على أصل الفطرة أو على ما هو أقرب إلى أصل الفطرة كذا قيل ولا يخفى ما فيه وأما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بأن ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له إذا تأملت واعلم أن التعارض هنا تجوز فإن ثبوته ثبوت المتعارضين مستلزمين لحكميهما وليس هنا إلا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير الآخر فلما اشترك مع المعارض في ترجيح أحدهما بالقول به سمي تعارضا وإلا فالتعارض تقابل الحجتين وليس هنا حجة فضلا عن ثنتين **قوله** وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر سواء كان كتابيا أو غيره إذ لا يصح تزوج الكافر المسلمة مطلقا ولو وقع عوقب وعوقبت أيضا إن كانت عالمة بحاله والساعي بينهما أيضا امرأة أو رجلا ولا يصير به ناقضا للعهد وإن كان ذميا فلا يقبل خلافا لمالك لأنه تجاسر على إذلال نفسه طليعة للمشركين بجامع أنه باشر ما ضمن بعقد الذمة أن لا يفعله قلنا كالزام المسلم بالإسلام أن لا يفعل محظورا وبفعله لا يصير شرعا ناقضا لإيمانه فيفعل الذمي ما التزم بعقد الذمة أن لا يفعله لا يصير ناقضا لأمانه وقتل الطليعة لأنه حارب معنى ولو أسلم بعد النكاح لا يقر أن عليه ولا يلحقه إجازة لأنه وقع باطلا وقال في إسلام الرجل وإن أسلم الرجل وتحته مجوسية لأن كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بها بل غير الكتابية فلذا فرضها في المجوسية وحاصل المسألة أنه إذا أسلم أحد الزوجين اللذين هما مجوسيان والزوجة منهما مجوسية والزوج كتابي والزوجة من الكتابيين أو الزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصر الإسلام إذا كان بالغا أو صبيا يعقل الأديان لأن ردته معتبرة فكذا إباؤه والنكاح قائم فإن أبى فرق بينهما وإن كان الصبي مجنونا عرض على أبويه وينبغي أن يكون معنى هذا أن أي الأبوين أسلم بقي النكاح لأنه يتبع المسلم منهما وإن لم يكن مجنونا لكنه لا يعقل الأديان ينتظر عقله لأن له غاية معلومة بخلاف الجنون هذا على قولهما أما على قول أبي يوسف رحمه الله فاختلف المشايخ في إباء الصبي قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته عنده وقيل نعم وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل أن تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وإن لم يدخل بها لأن النكاح كان قائما وتقرر بالموت وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض على المصر لأنه تعرض منهي عنه بل إن كان الإسلام قبل الدخول انقطع النكاح في الحال لعدم تأكده وإن كان بعده تأجل إلى انقضاء ثلاثة أطهار وقول المصر ثلاثة حيض لا يأتي على مذهبه في العدة وإن لم يسلم تزوجت قلنا اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة وإضافة انقطاع النكاح إلى الإسلام لا نظير له في الشرع والأصل الملحق به قياسا بجامع صحيح ولا سمعي يفيده بل الثابت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة ولنا أنه لا بد من سبب تضاف الفرقة إليه والإسلام عاصم قال صلى الله عليه وسلم فإذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم كتابية ولأنه يرجع إلى إسلام المسلمين لأنه الذي به حصل الاختلاف وكفر المصر لا يمنع وإلا لم يصح النكاح من الأصل فلم يبق إلا إباء الإسلام لأنه يصلح قاطعا فأضفنا انقطاع النكاح إليه فكان هو المناسب وفي الموطأ عن ابن شهاب الزهري أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان بن أمية من الإسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرأته وبينه حتى أسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبر بنفس الكلام عنه تخيير الإيمنع ولأنه استعلام حكم شرعي بل نزل بالمرأة أو لأنهم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة أن عمر رضي الله عنه فرق بين نصراني ولنصرانية بإبائه عن الإسلام وذكر أصحابنا أن صلا

وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رح وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته
وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف رح لا يكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح
لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام
وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب يبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا تصلح
سببا لها فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد بالاسلام او يثبت الفرقة بالاباء ثم ابو يوسف رح يقول ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون طلاقا
كالفرقة بسبب الملك وهما يقولان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما اذا ابت
فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق القاضي بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها
لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث
حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا
شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح يفصل كما مر له في دار الاسلام
واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى

من تغلب اسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب رض فقال له اسلم والا فرقت بينكما فابى ففرق بينهما وظهر حكمه بينهم ولم ينقل خلاف احد

قوله وكان ذلك يعني تفريق القاضي عند اباء الزوج طلاقا بائنا والحاصل ان ابا يوسف لا يفرق بين التفريق في الصورتين فيجعله فسخا
لا ينقص شيئا من عدد الطلاق وابو حنيفة ومحمد رح يجعلان الفرقة باباء الزوج طلاقا وباباء المرأة فسخا لابي يوسف ان الفرقة باباء الزوج فسخا
لابي يوسف رح بسبب يشتركان فيه يعني الاباء فانه ممن اسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام او هو على معنى انه يمكن تحققه من كل منهما فاذا وجد منه
لا يكون طلاقا فانه يوجد منها ولا يكون طلاقا فاذا فرض وحدة السبب وصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والحرمية بالرضاع فانه يشتركان فيه بمعنى انه
يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا ولهما ان فات الامساك بالمعروف فوجب التسريح باحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه في
ذلك فيكون طلاقا اذا كان نائبا عمن اليه الطلاق لانه انما ينوب عنه فيما اليه التفريق وهو الذي اليه الطلاق واما المرأة فالذي اليها عند
قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ فاذا ابت ناب القاضي منابها فيما اليه التفريق به فلا تكون الفرقة الا فسخا فالقاضي نائب منابهما في حياته
فيهما بخلاف ما قاس عليه من الملك والحرمية فان الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي واما خيار البلوغ فان ملك الفرقة فيه لتطرق
الخلل الى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون النكاح انعقد من الاصل
والوجه في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا وبخلاف ردته ايضا على قول ابي حنيفة رح لان الفرقة فيها للتنافي اي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاءه
ولذا لا يحتاج في ذلك كله الى حكم الحاكم وانما احتيج اليه في خيار البلوغ لانه لدفع ضرر خفي والضرر في هذا جلي ويحتاج اليه في الاباء غير مناف
للنكاح **فرع** يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبي بعد التفريق عليهما ما دامتا في العدة اما في الاباء فلان الفرقة بالطلاق
واما في الردة فلان الحرمة بالردة غير متابدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلث
حرمة مغياة بوطي زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فانها متابدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة **قوله** واذا اسلمت المرأة في دار الحرب
وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض والا فثلثة اشهر فان اسلم الآخر قبل انقضاء العدة
هذه المدة فهما على نكاحهما وان لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة ثم قال المص واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية بان كان الذي اسلم هو الزوج
فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قال وسيأتيك يعني في مسئلة المهاجرة فالحاصل انه لا عدة بعد البينونة عند ابي حنيفة رح
في الصورتين وعندهما اذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الائمة وكانه اخذه من قول محمد رح في السير فيما اذا اسلمت المرأة في دار الحرب
بعد ان ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلث حيض اخرى بعد الثلث الاول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلث الحيض الاواخر
ثم قال محمد وينبغي في قياس قول ابي حنيفة رح ان لا يكون عليها عدة واما الطحاوي فقد اطلق وجوب العدة عليها حيث قال من اسلمت امرأته في دار الحرب
الى ان قال فاذا حاضت بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك ثم علل الحكم المذكور فقال وهذا اي توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لانه لا بد
من سبب يضاف اليها الفرقة والاسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لانه يرجع الى اسلام المسلم ولانه منقوض كما ذكرنا وكذا كفر المصر فليس الا الاباء وهو
متعذر في دار الحرب فاضيف الى شرط البينونة وذلك لان سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة والاضافة الى الشرط عند تعذر العلة الى العلة نظير
في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع **قوله** والعرض على الاسلام الخ

... في النكاح ... يمنع النكاح يمنع الابتداء فلان يبقى اولى **قال** واذا خرج احد الزوجين الينا من
دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما ... وقال الشافعي لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة بينهما بالاتفاق ... وان سبيا
معا لم تقع البينونة وقال الشافعي رح وقعت فالحاصل ان السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بعكسه له ان التباين
اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي
ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح

قوله واذا اسلم زوج الكتابية
فيه ويعرض الاسلام عليه فهو من باب القلب ونظيره في اللغة عرضت الناقة على الحوض وخرق الثوب المسمار مسبب المسمار **قوله** الى الحصل
فهما على نكاحهما ظاهر **قوله** واذا خرج احد الزوجين الينا مسلما وقعت البينونة حكم المسئلة لا يتوقف على خروجه مسلما بل ذميا كما ذكر **قوله** الا
ان السبب اي اختلف في ان تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما قلنا نعم وقال الشافعي رح لا وفي ان السبي هل يوجب الفرقة ام
لا قلنا لا وقال نعم وقوله وقول مالك واحد ويتفرع اربع صور وفاقيتان وخلافيتان فاذا خرج الزوجان الينا معا ذميين او مسلمين او مستامنين ثم اسلما
او صارا ذميين لا تقع الفرقة اتفاقا ولو سبي احدهما تقع الفرقة اتفاقا عندنا للتباين وعنده للسبي وخلافيتان احدهما اذا خرج احدهما الينا مسلما
او ذميا او مستامنا ثم اسلم او صار ذميا عندنا تقع فان كان الرجل حل له التزوج باربع في الحال وباخت امراته التي في دار الحرب واذا كانت في دار الاسلام
وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب الا ان المراة تخرج مراغمة لزوجها اي تقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والاخرى
اذا سبي الزوجان معا فعنده تقع الفرقة للسبايا ان يطاها بعد الاستبراء وعندنا لا تقع لعدم تباين الدارين وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب
فخرج رجل بها الى دار الاسلام بانت من زوجها بالتباين ولو خرجت المراة بنفسها قبل زوجها لم تبن لانها صارت من اهل دارنا بالتزامها احكام
المسلمين اذ لا تمكن من العود والزوج من اهل الاسلام فلا تباين يريد في الصورة الاولى اذا اخرجها الرجل قهرا حتى ملكها تحقق التباين بينها وبين
زوجها حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الاسلام حكما وجه قوله ان تباين الدارين اثره في
انقطاع الولاية اي ولاية من في دار الحرب عليه ان كان خارجا الينا وولاية من في دارنا عليه ان كان لاحقا بدار الحرب بحيث يتعذر الالزام عليه
وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي والصفاء هنا بالخلو مع لا يتحقق صفاء ولا
الا بانقطاع النكاح ولهذا اي لثبوت الصفاء بالسبي يسقط ما على المسبي من دين ان كان الكافر عليه لعدم احترامه فكذا يسقط حق الزوج الحربي
وهذا لان الصفاء موجب لملك ما يحتمل التمالك وملك النكاح كذلك فيخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق بها بسقوط ملك الزوج عنها كسقوطه
عن جميع املاكه فانها تذهب فيصير عبده ومن المنقول ان ابا سفيان اسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران حين اتى به العباس ثم وزوجته
هند بمكة وهي دار حرب اذ ذاك ولم يامرهما صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن ابي جهل وحكيم بن حزام حتى اسلمت امراة
كل منهما واخذت الامان لزوجها فذهبت فجاءت به ولم يجدد نكاحهما وتباين الدارين بين ابي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورضي عنها اظهر واشهر فانها هاجرت الى المدينة وتركته بمكة على شركه ثم جاء واسلم بعد سنين قيل ثلث سنين وقيل ست
وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الاول فهذه كلها تقوض لما عللنا به واستدل الشافعي ايضا على اثباته عليه بان قوله تعالى والمحصنات من النساء
الا ما ملكت ايمانكم نزلت في سبايا اوطاس وكن سبين مع ازواجهن وقد علم ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى الا لا تنكح الحبالى
حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن فقد استثنى المسبيات مع ازواجهن من المحرمات فظهر ان السبي يوجب الفرقة وقوله كالحربي المستامن ظاهر وانه اصل
قياس وفرعه الخارج الينا مسلما من دار الحرب او ذميا والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سببها فهو من قبيل تعليل الحكم
العدمي بالمعنى العدمي وعلى هذا فالسوق لاثبات الفرع لكن الظاهر ان المراد نفي تاثير التباين فحق اللفظ هكذا لا يؤثر في الفرقة لتحققه
في المستامن الخ **قوله** ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح التي شرع النكاح لها لان الظاهر ان الخارج الينا مسلما او ذميا ...

بتباينه الحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع

والكائن هناك التخريج الينا وكائن التباين منافيا له فيكون اعتراضه قاطعا كاعتراض المحرمية بالرضاع وتقبيل ابن الزوج مثلا لما نافيه كان اعتراضهما قاطعا ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال والسبي يوجب ملك الرقبة يعني يمنع ان يكون موجبا غير ذلك واذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعا لملكها وما لا فلا وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح الا ازاوره على خال عن مملوكية او مالكية وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر اسباب الملك من الشراء والهبة والارث وزوال املاك المسبي لثبوت رقه والعبد لا ملك له في المال بخلاف النكاح فانه من خصائص الآدمية فيملكه اذا ابتداء وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه وانما توقف في الابتداء على اذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي الحر ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه لانه انما يبقى ما كان في ذمة حين ثبت كان في ذمته لا اشتغالها بالثبوت رقبته ولا يمكن ان يثبت بعد الرق بالسبي الا شاغلا لها فيصير الباقي غيره ولذا لو كان المسبي عبدا مديونا كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي لتعلقه بمحل المأذون فان قيل بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته لذا يثبت الدين باقراره به ولا يباع فيه اجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك وانما لا يطالب باقراره لان اقراره لا يسري في حق المولى حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعا معاينة بيع فيه واما ما استدل به من قصة ابي سفيان فالحق ان ابا سفيان لم يكن حسن الاسلام يومئذ بل الا بعد الفتح وهو شاهد حنين انا نعتقد والسير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون لا ترجع هزيمتهم الى البحر وما نقل ان الازلام كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج الى هوازن بحنين وانما حسن اسلامه بعد ذلك رحمه الله والذي كان اسلامه حسنا حين اسلم هو ابو سفيان بن الحارث واما عكرمة وحكيم فانما هربا الى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم واما ابو العاص فانما ردها عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد روى ذلك الترمذي وابن ماجة والامام احمد والجمع اذا امكن اولى من اهدار احدهما وهو يحمل قوله على النكاح الاول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على اساءته وقيل قوله ردها على النكاح الاول لم يحدث شيئا اي على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحباء وهو تاويل حسن هذا وما ذكرناه مثبت وعلى النكاح الاول ناف لانه مبق على الاصل وايضا يقطع بان الفرقة وقعت بين زينب وبين ابي العاص بمدة تزيد على عشر سنين فانها اسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعا صلى الله عليه وسلم خديجة رضي الله عنها وبناته ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مرارا وولدت وروي انها كانت حاملا فاسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة وروعها هبار بن الاسود بالرمح واستمر ابو العاص بن الربيع على شركه الى ما قبيل الفتح فخرج تاجرا الى الشام فاغارت سرية المسلمين بماله واعجزهم هربا ثم دخل بليل على زينب فاجارته ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فردوا ماله فاحتمل الى مكة فادى الودائع وما كان اهل مكة ابضعوا معه وكان رجلا امينا كريما فلما لم يبق لاحد عليه علقة قال يا اهل مكة اهل بقي لاحد منكم عندي مال لم ياخذه قالوا لا فجزاك الله خيرا فقد وجدناك وفيا كريما قال فاني اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله والله ما منعني من الاسلام عنده الا تخوف ان تظنوا انما اردت ان آكل اموالكم فلما اداها الله اليكم وفرغت منها اسلمت ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين او ثمان سنين او ثلث سنين فانما ذلك من وقت فارقته بالابدان وذلك بعد غزوة بدر واما البينونة فقبل ذلك بكثير لانها ان وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهي مكية فاكثر من عشر بدون غير انه كان حابسها قبل ذلك الى ان اسر في من اسر يوم بدر وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوبا على ذلك قبل ذلك فلما ارسل اهل مكة في فداء الاسارى ارسلت زينب في فدائه قلادة كانت خديجة

وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة وقالا عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الإسلام ولأبي حنيفة أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهاراً لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية

عتقها أياما فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم رق لها فردها عليها وأطلقه لها فلما وصل جهزها إليه لأنه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند إطلاقه واتفق في مخرجها إليه ما اتفق من هبار بن الأسود وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ووجب تأويل رواية الأول كما ذكرنا واعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تتصف أحد منهن قبل البعثة بكفر ليقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين أن الله لم يبعث نبيا قط أشرك بالله طرفة عين والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلزم أنهن لم تكن أحد منهن قط إلا مسلمة نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباع ملة إبراهيم حنيفا عليه السلام ومن حين بعث البعثة لا يثبت الكفر إلا بإنكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ومن أول ذكره صلى الله عليه وسلم لأنه لا دليل لم تتوقف واحدة منهن وأما سبايا أوطاس فقد روي أن النساء سبين وحدهن وفي رواية الترمذي تقييد ذلك عن أبي سعيد قال أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم لكن بقي أن يقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها أو مع زوج وأما المشتراة متزوجة فخارجة بالإجماع فوجب أن يبقى ما سواها داخلا تحت العموم على الإباحة والجواب أن المسبية مع زوجها تخص [illegible] وبما ذكر وتبقى المسبية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن فالجواب منع وجوب التباين لأن المدعى عليه هو التباين حقيقة وحكما وهو يصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ميراثه والكائن في دارنا ممنوعا من الرجوع وهذا منتف في المستأمن فإذا كان على ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتباين الموجب للفرقة سالما عن المعارض فيجب اعتباره ودليل السمع أيضا وهو قوله تعالى إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات إلى قوله فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن جهة اقتضائي وهو فلا ترجعوهن

قوله وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة أي تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية هذه المسألة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسألة التي قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة وهذه إذا كانت الخارج منهما المرأة ووقعت الفرقة اتفاقا فهل عليها عدة فيها خلاف عند أبي حنيفة لا فتتزوج للحال إلا أن تكون حاملا فتتربص لا على جهة العدة بل ليرتفع المانع بالوضع وعندهما عليها العدة ثم اختلفا لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال أبو يوسف رحمه الله لا يقع عليها وقال محمد يقع والأصل أن الفرقة إذا وقعت بالتباين لا تصير المرأة محلا للطلاق عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله تصير وهو أوجه إلى أن يكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على ما قدمناه وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يحتاج إليه وجه قولهما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الإبانة والدخول إلى دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالإجماع لأن الفرقة في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا لكن هذا على ما اخترناه من أن أصلها أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات غير أن شرطها البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه بخلاف أهل دارنا منهم ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة إنما وجبت إظهار الخطر النكاح المتقدم ولا خطر لملك الحربي بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي ولا تمسكوا بعصم الكوافر بعد قوله ولا جناح عليكم أن تنكحوهن فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة مطلقا ثم قال لا تمسكوا بعصم الكوافر جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقد نكاح الموجود في حال كفرهن وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع

وتأول رواية على النكاح الأول وهي رواية لم يحدث شيئا وما جمع به عن قوله ردها على النكاح الأول لم يحدث شيئا معناه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والحباء كما ذكرنا

وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا
وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا قال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت
الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع
ما بيناه وابو يوسف رح مر على ما اصلناه في الاباء وابو حنيفة رح فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة
والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر
ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف
المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها

كيلا تختلط المياه واستغنائه عن ابطاله بان الشرع ابطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لانها اثره حيث حكم
بمنافاته لما له الاثر فان لقائل ان يمنع الملازمة ويقول لا نسلم ان منافاة الشيء تنافي اثره الا اذا كان جهة المنافاة ثابتة في الاثر
ايضا وهو منتف لانه في النكاح عدم انتظام المصالح بل تجامع مدة بقائها الى ان تنقضي فيجب ان تثبت لموجبها بلا مسقط لكن
قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للازواج المهاجرين فلهم ان يتزوجوا اربعا وباخت الكائنة هناك لعدم
اعتبار عصم اللواتي في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فانها تمسك بعقد نكاحها حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها
فجاز ان تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا اوطاس فانه دل على ان من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطيها قبل تربص فاذا وجب عليها
تربص وهي حرة كان عدة اجماعا لعدم القائل بالفصل ثم فابطال الوجوب للخطر لا يفيد اذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب
الاستبراء لا لتخلي فرج المدخول بها عن الامتناع الى مدة غير انه اعتبر بمدة الاستبراء اقصر كما هو داب الشرع في اظهار التفاوت بين الحرة والامة
في مثله قوله وان كانت يعني المهاجرة حاملا لم تتزوج حتى تضع وقدمنا انه عند ابي حنيفة رح لا بطريق العدة وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه
يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنى وجه الظاهر ان حملها ثابت النسب فيظهر في حق المنع احتياطا وانما قال احتياطا لان
مجرد كونه ثابت النسب انما يقتضي ظاهرا ان لا يوطا لان به يصير ساقيا ماءه زرع غيره فتعديته المنع الى نفس الزوج بلا وطي للاحتياط فقط لانه
يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطيا ولهذا لم يجز عنده تزوج الاخت في عدة الاخت والخامسة في عدة الاربع قوله واذا ارتد احد الزوجين
عن الاسلام وقعت الفرقة في الحال بغير طلاق قبل الدخول او بعده وبه قال مالك واحمد رح في رواية وقال الشافعي واحمد رح في اخرى
قبل الدخول هو كذلك واما بعده فيتوقف الى انقضاء العدة فان جمعهما الاسلام قبل انقضائها استمر النكاح والا تبين الفراق من وقت الردة
قلنا هذه الفرقة للتنافي فان الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الاسلام فانه غير مناف للعصمة هذا جواب ظاهر المذهب
وبعض مشائخ بلخ وسمرقند افتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص باكبر الكبائر وعامة مشائخ بخارى افتوا بالفرقة وجبرها
على الاسلام وعلى النكاح مع زوجها الاول لان الحسم بذلك يحصل ولكل قاض ان يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت ام لا وتعزر خمسة
وسبعين ولا تسترق المرتدة ما دامت في دار الاسلام في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر عن ابي حنيفة رح تسترق هذا الكلام في الفرقة واما كونها
طلاقا فاتفق الامامان هنا على انها من جهة الزوج والمراة فسخ وقال محمد رح هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على اصله في الاباء وكذا ابو يوسف رح
وفرق ابو حنيفة رح بين الردة والاباء وجه قول محمد رح اعتباره بالاباء والجامع ما بيناه وهو ان بالاباء امتنع عن الامساك بمعروف
مع قدرته عليه فينوب القاضي منابه وقيل ما بيناه مما حاصله ان سبب الفرقة فعل من الزوج اباء او ردة وابو يوسف رح مر على اصله
في الاباء وهو انه سبب يشترك فيه وابو حنيفة رح فرق بان الردة منافية للنكاح لانها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه واملاكه ومنها ملك النكاح كذا
قرر والحق ان منافاتها لعصمة الاملاك تبع لمنافاتها لعصمة النفس اذ تبطلك لمنافاته صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا يقع
البينونة بمجرده بل بامر زائد عليه او عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق فليس الا الانفسخ بخلاف الفرقة بالاباء فانها ليست للمنافاة
ولذا بقي النكاح ما لم يفرق القاضي لانها فرقة بسبب فوت ثمرات النكاح فوجب دفعه لارتفاع ثمرته الآتي من قبل الزوج فالقاضي يامره بالامساك بمعروف

قال وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رح يبطل لأن ردة أحدهما منافية وفي ردتهما ردة أحدهما ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لإصرار الآخر على الردة لأنه مناف كابتدائها

باب القسم

بالإسلام أو التسريح بإحسان فإذا امتنع ناب عنه وفي الشرح من تقرير هذا الفرق أمور التمس المطلوب فكذا قوله في الهداية والطلاق مرافعة لأن الرفع يجامع المنافي بالضرورة ثم هو أمر ثبت مع التنافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونفقة العدة أيضا ونصفه إن لم يدخل بها وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ولا نفقة العدة لأن الفرقة من جهتها وإن لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة **قوله** وإذا ارتدا معا ثم أسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا هذا إذا لم يلحق أحد منهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فإن لحق فسد للتباين والقياس وهو قول زفر والأئمة الثلاثة تقع الفرقة لأن في ردتهما ردة أحدهما وهي منافية للنكاح ولنا وهو وجه الاستحسان أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة رض بتجديد الأنكحة ولما لم يأمرهم بذلك علمنا أنهم اعتبروا ردتهم وقعت معا إذ لو حملت على التعاقب لفسدت أنكحتهم ولزمهم التجديد فعلمنا من هذا أن الردة إذا كانت معا لا توجب الفرقة واعلم أن المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة لا جميعهم فلا أن الرجال جاز أن يتعاقبوا ولا تفسد أنكحتهم إذا كان كل رجل ارتد مع زوجته معا فحكم الصحابة رض بعدم التجديد يحكمهم بذلك ظاهر لا حملا عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى وهذا لأن الظاهر أن قيم البيت إذا أراد أمرا تكون قرينته فيه قرينته هذا والمذكور في الكافي بارتداد بني حنيفة في المبسوط منعهم الزكاة وهذا يتوقف على نقل أن من منعهم كان بجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقتال أبي بكر رضي الله عنه إياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم إذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه والله أعلم وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما إلى أن يموتا بالقتل أو غيره والأوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فإنه من غير تعيين بني حنيفة ومانعي الزكاة قطعي ثم لم يؤمروا بتجديد الأنكحة إلى آخر ما ذكرنا **قوله** ولو أسلم أحدهما بعد ارتدادهما معا فسد النكاح لأن ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كإنشائها إلا أن حال إسلام الآخر حتى إن كان الذي عاد إلى الإسلام هو الزوج فلا شيء عليها إن كان قبل الدخول وإن كانت هي التي أسلمت فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر وإن دخل بها فلها المهر في الوجهين لأن المهر يتقرر بالدخول دينا في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة **فروع** الأول نصرانية تحت مسلم تمجست وقعت الفرقة بينهما عند أبي يوسف رح خلافا لمحمد رح وجه قوله أن الزوج ثابت والمجوسية لا تحل للمسلم فاعتقادها ما تحرم به كالردة ولو ارتدا معا فلا تقع الفرقة ولأبي يوسف رح أن الزوج لا يقر على ذلك بل يجبر على الإسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده وهذا لما عرف أن الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر إلى كفر لا يجعل كالإنشاء فصار كما لو تهودت فإن الفرقة تقع فيه بالاتفاق ولمحمد رح يفرق بأن النكاح المجوسية لا تحل للمسلم فاعتقادها كالارتداد بخلاف اليهودية ألا ترى أنها لو تمجست ابتداء تقع الفرقة ولو تهودت لا تقع فافترقا الثاني يجوز نكاح أهل الكفر بعضهم بعضا فيتزوج اليهودي مجوسية ونصرانية لأن الكل ملة واحدة من حيث الكفر وإن اختلفت نحلتهم كأهل المذاهب ثم الولد على دين الكتابي منهم الثالث إذا أسلم الكافر وتحته أكثر من أربعة أو أختان أو أم وبنتها وأسلمن معه وهن كتابيات فعند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح إن كان تزوجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن أو في عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تأخر فوقع به الجمع أو الزيادة على الأربع باطل

باب القسم لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الأحرار والأرقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع في حكمه الذي لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك لأنه إنما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه لا ابتداء ثم هذا القسم بفتح القاف مصدر قسم والمراد التسوية بين المنكوحات ويسمى العدل أيضا بينهن وحقيقته مطلقا ممتنعة كما أخبر به تعالى

وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين أو إحداهما بكراً والأخرى ثيباً لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار

حيث قال ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وقال تعالى فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم بعد إحلال الأربع بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فاستفدنا أن حل الأربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه فعلم إيجابه عند تعددهن وأما قوله صلى الله عليه وسلم استوصوا بالنساء خيراً فلا يخص حالة تعددهن ولا نهي رعية الرجل وكل راع مسئول عن رعيته وأنه في أمر منهم يحتاج إلى البيان لأنه أوجبه وصرح بأنه مطلقاً لا يستطاع فعلم أن الواجب منه شيء معين وكذا السنة جاءت مجملة فيه روى أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رض قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك يعني القلب أي زيادة المحبة وظاهره أن ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة إجماعاً وكذا ما روى أصحاب السنن الأربعة والإمام أحمد والحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل أي مفلوج ولفظ أبي داود والنسائي فمال إلى إحداهما على الأخرى فلم يبين فيها ما وأما ما في يبين

الكتاب من زيادة قوله في القسم والله أعلم بها لكن لا نعلم خلافاً في أن العدل الواجب في البيتوتة والتأنيس في اليوم والليلة وليس المراد أن يضبط زمان النهار فبقدر ما عاشر فيه إحداهما فيعاشر الأخرى بقدره بل ذلك في البيتوتة وأما النهار ففي الجملة **قوله** وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما التقييد بحرتين لإخراج ما إذا كانت إحداهما أمة والأخرى حرة لا لإخراج الأمتين ثم ظاهر العبارة ليس بجيد فإنه يعطي أنهما إذا لم يكونا حرتين ليس عليه أن يعدل بينهما وليس بصحيح لكن بمعنى العدل هنا التسوية لا ضد الجور فإذا كانتا حرتين أو أمتين فعليه أن يسوي بينهما وإن كانتا حرة وأمة فلا يعدل بينهما أي لا يستوي بل يعدل بمعنى لا يجور وهو أن يقسم للحرة ضعف الأمة فالإبهام نشأ من اشتراك اللفظ **قوله** والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا وهو معنى قوله لا فصل فيما ذكرنا فكان الأولى أن يقال لما ذكرنا يعني من قوله لا فصل إلخ يعني أن ما روينا يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة وكذلك ما تلونا من الآية فيحتج به على الشافعي رح أنه يقيم عند البكر الجديدة أول ما يدخل بها سبعاً مختصة بها ثم يدور وعند الثيب الجديدة ثلاثاً إلا أن تطلب زيادة على ذلك فيبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روي عن أنس رض قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلث ثم يعود إلى أهله أخرجه الدارقطني عنه وروى البزار من طريق أبي أيوب السجستاني عن أبي قلابة عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعاً وللثيب ثلاثاً وعنه قال من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً ثم قسم وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم رواه الشيخان في الصحيحين وفي صحيح مسلم عن أم سلمة لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها أقام عندها ثلاثاً ثم قال إنه ليس بك هوان على أهلك إن شئت سبعت بك وإن سبعت لك سبعت لنسائي وهذا دليل استثناء الشافعي رح ما ذكرنا من أنه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة إن طلبت زيادة على الثلث ولأنها لم تألف صحبته وقد حصل لها في أول الأمر نفرة فكان في الزيادة إزالتها ولنا ما روينا عن غير فصل وما تلونا وما ذكرنا من المعنى وهو قوله ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك فلا تفاوت بينهن في القسم وأما المعنى الذي علل به فمعارض بأن تخصيص القديمة أولى لأن الوحشة فيها متحققة وفي الجديدة متوهمة وإزالة تلك النفرة يمكن أن يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولا يحصر في تخصيصها والله أعلم بالمروي إن لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الآية والحديث المطلق لوجوب التسوية وإن كان قطعياً وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فإنه لا يعارض ما روينا وتلونا لأن مقتضاهما العدل وإذا ثبت التخصيص شرعاً كان هو العدل فإنا نراه لم يحصر في التسوية بل يتحقق مع عدمها لعارض

في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتنى على النشاط
وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من
حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم **قال** ولا حق لهن
في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رح القرعة مستحقة
لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب
الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة

وهو حق احد المرأتين حتى كان العدل ان يكون لاحدهما يوما وللاخرى يومين فليكن ايضا تخصيص الجديدة الوحشة باقامة سبع ان كانت بكرا او
ثلث ان كانت ثيبا هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية الحرتين والمجنونة التي لا يخاف منها والمريضة
والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطيها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلتهن وكذلك يستوي وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصبي
الذي دخل بامرأته ومقابليهم قال مالك ويدور ولي الصبي به على نسائه لان القسم حق العباد وهم من اهله وصح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض
استأذن نساءه ان يمرض في بيت عائشة رض فاذن له **قوله** مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها ان شاء يوما يوما وان شاء يومين
يومين او ثلثا ثلثا او اربعا اربعا واعلم ان هذا الاطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته فانه لو اراد ان يدور سنة سنة ما يظن اطلاق ذلك له بل لا ينبغي ان
يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو اربعة اشهر واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة واظن اكثر من جمعة مضارة الا
ان يرضيا به والله اعلم **قوله** والتسوية المستحقة في البيتوتة لا المجامعة لانها تبتنى على النشاط ولا خلاف فيه قال بعض اهل العلم ان تركه لعدم الداعية
والانتشار عذر وان تركه مع الداعي اليه لكن داعيته الى الضرة اقوى فهو مما يدخل تحت قدرته فان ادى الواجب منه عليه لم يبق لها حق ولم يلزمه
التسوية واعلم ان ترك جماعها مطلقا لا يحل له صرح اصحابنا بان جماعها احيانا واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والالزام الا الوطية الاولى ولم يقدروا فيه
مدة ويجب ان لا يبلغ به مدة الايلاء الا برضاها وطيب نفسها به هذا والمستحب ان يسوي بينهن في جميع الاستمتاعات من الوطي والقبلة وكذا بين الجواري
وامهات الاولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنى والميل الى الفاحشة ولا يجب شيء لانه تعالى قال فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فافاد ان العدل
بينهن ليس واجبا هذا واما اذا لم يكن له الا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة او السراري اختار الطحاوي رواية الحسن عن ابي حنيفة ره ان لها يوما وليلة
من كل اربع ليال وباقيها له لان له ان يسقط حقها في الثلث بتزوج ثلث حرائر فان كانت الزوجة امة فلها يوم وليلة في كل سبع وظاهر المذهب
ان لا يتعين مقدار لان القسم معنى نسبي وايجابه طلب ايجاده وهو يتوقف على وجود المنتسبين فلا يطلب قبل تصوره بل يؤمر ان يبيت معها ويصحبها
احيانا من غير توقيت والذي يقتضيه الحديث ان التسوية في المكث ايضا بعد البيتوتة ففي السنن عن عائشة رض كان النبي صلى الله عليه وسلم
لا يفضل بعضنا على بعض في القسم في مكثه عندنا وكان قل يوم الا يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ الى التي هو في يومها
فيبيت عندها وفي هذا ان النوبة لا تمنع ان يذهب الى الاخرى لينظر في حاجتها ويمهد امورها وفي صحيح مسلم انهن كن يجتمعن في بيت التي يأتيها والذي يظهر
ان هذا جائز برضى صاحبة النوبة اذ قد تتضيق كذلك وتتحصر له ولو ترك القسم بان اقام عند احديهن شهرا مثلا امره القاضي بان يستأنف العدل
لا بالقضاء فان جار بعد ذلك اوجعه عقوبة كذا قالوا والذي يقتضيه النظر ان يؤمر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمي وله قدرة على ايفائه **قوله** وان كانت
احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر قضى به ابو بكر وعلي رضي الله عنهما والقضاء عن علي اخرجه الامام احمد
وتضعيف ابن حزم اياه بالمنهال ابن عمرو وبابن ابي ليلى ليس بشيء لانهما ثقتان حافظان واذا كانت الزوجة مدبرة رجل او مكاتبة او ام ولد فهي كالامة
لقيام الرق فيهن **قوله** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال
الشافعي رح القرعة مستحقة لما روى الجماعة من حديث عائشة رض كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها
معه [illegible] الحديث الا انا قلنا ذلك كان استحبابا لتطييب قلوبهن وهذا لان مطلق الفعل لا يقتضي الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب

وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

وذلك لانه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ممن ارجى سودة وجويرية وام حبيبة وصفية وميمونة ذكره الحافظ عبد العظيم المنذري وممن آوى عائشة رض والباقيات رضي الله عنهن ثم قد يتفق لاحديهما في السفر وبالاخرى في الحضر والقرار في المنزل لحفظ الامتعة او لخوف الفتنة او يمنع من سفر احداهما كثرة سمنها فتعيين من يخاف صحبتها في السفر للسفر بخروج قرعتها الزام للضرر الشديد وهو مندفع بالنافي للحرج واما قول المصر الابيري بانه لما كان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة اذ لا يلزم من ان له ان لا يسافر باحد ان يكون له ان يخص واحدة بالسفر بها لان في ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وهذا لان اللازم التسوية وهو انه اذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الاخرى كذلك لا على معنى وجوب ان يبيت عند كل واحدة منهما دائما فانه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي وانفرد لم يمنع من ذلك **قوله** وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز هذا اذا لم يكن برشوة من الزوج بان زاد ما في مهرها لتفعل او تزوجها بشرط ان يتزوج اخرى فيقيم عندها يومين وعند المخاطبة يوما فان الشرط باطل لا يحل لها المال في الصورة الاولى فله ان يرجع فيه واما اذا دفعت اليه او حطت عنه مالا ليزيد لها فظاهر انه لا يلزم ولا يحل لها ولها ان ترجع في مالها **قوله** لان سودة بنت زمعة بفتحتين سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها الخ هذا يقتضي انه طلقها قال محمد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة اعتدي فسألته بوجه الله ان يراجعها ويجعل يومها لعائشة رض لان تحشر يوم القيمة مع ازواجه والذي في الصحيحين لا يتعرض له بل انها جعلت يومها لعائشة رض والذي في المستدرك يفيد عدمه وهو عن عائشة رض (بالتقييد) قالت سودة حين اسنت وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله يومي لعائشة رض فقبل ذلك منها قالت عائشة رض ففيها وفي اشباهها انزل الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح وقال صحيح الاسناد ويوافق ما في الكتاب ما رواه البيهقي عن عروة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة فلما خرج الى الصلوة امسكت بثوبه فقالت والله ما لي الى الرجال من حاجة ولكني اريد ان احشر في ازواجك قال فراجعها وجعل يومها لعائشة رض انتهى وهو مرسل ويمكن الجمع بان كان صلى الله عليه وسلم طلقها رجعية فان الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة فمعنى قول عائشة رض فرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم خافت ان يستمر الحال الى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فانه انما ذكر من الكنايات اعتدي والواقع بهذا الرجعي لا البائن وفرع بعض الفقهاء انها اذا وهبت يومها له فله ان يجعله لمن شاء من نسائه واذا جعلته لضرتها المعينة لا يجوز له ان يجعله لغيرها لان الليلة حقها فاذا صرفته لواحدة تعين وفرعوا اذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لها الليلتين متواليتين وان كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها الليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والاظهر عندي ان ليس له ذلك الا برضاء التي تليها في النوبة لانها قد تتضرر بذلك **قوله** ولها ان ترجع قال بعض علماء الحنابلة ليس لها المطالبة به فانه خرج مخرج المعاوضة يعني عن الطلاق وقد سماه الله تعالى صلحا يعني قوله فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق ولو مكنت من طلب حقها لعاد ذلك كان فيه تلجئة الضرر الى اكمل حالته ولم يكن صلحا بل من اقرب اسباب المعادات والشريعة منزهة عن ذلك انتهى وهو انما يفيد عدم المطالبة بما مضى وبه نقول اذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الاعراض اما فيما بعده فلا لانه لم يجب فكيف يسقط فان قيل يلزم ثبوت الضرر بما ذكر قلنا لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا ما صالحته عليه فاذا اخلف ما دفعت به المكروه عنها فله ان يفعل ما كان بصدده ليحصل الخلاص (بلغت) والله سبحانه اعلم **فروع** نختم بها كتاب النكاح لا يجوز ان يجمع بين الضرائر الا بالرضاء ويكره وطي احديهما بحضرة الاخرى ولها ان لا تمكنه

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات

اذا علمت ذلك فله ان يمنعها من اكل ما يتأذى من رائحته ومن الغزل على هذا الا ان يمنعها من التزين بما يتأذى بريحه كان يتأذى برائحة الحناء المخضر ونحوه وله
ضربها على ترك الزينة اذا كان يريدها وترك الاجابة وهي طاهرة والصلوة وشرطها الا ان تكون ذمية فليس له جبرها على غسل الجنابة والحيض والنفاس عندنا ويضربها
على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة فلم يرض الزوج ان يستفتي لها او هو غير عالم وما لم تقع الى الاستفتاء له ان يمنعها من
الخروج الى مجلس العلم والا ان يكون ابوها زمنا وليس له من يقوم عليه مؤمنا كان او كافرا فان عليها ان تعصي الزوج في المنع ولو كان له ام شابة تخرج الى
الوليمة والمصيبة او لغيرها لا يمنعها ابنها ما لم يتحقق خروجها للفساد فيرفع الامر الى القاضي فان اذن له بالمنع له منعها لقيامه مقامه والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا في ابتداء النشأة الا بالرضاع وكان له احكام تتعلق به وهو من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره الى
آخر احكامه قيل كان ينبغي ان يذكر في المحرمات لكنه افرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق انه ذكر في المحرمات
ما يتعلق بالحرمة به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحهما اربع لغات والرضع الخامسة وانكر الاصمعي الكسر مع الهاء وفعله في لغة
من حد علم يعلم قال الخليل وفي لغة من حد ضرب وعليه قول السلولي يذم علماء زمانه وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد رح وانما عمله
بعض اصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد ابو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه ايراد كلام محمد رح في جميع كتبه محذوفة التعاليل
وعامتهم على انه من اوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما اورده من ذلك في كتاب النكاح وهو في اللغة مص اللبن من الثدي ومنه قولهم
لئيم راضع اي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة ان تسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفي الشرع مص الرضيع اللبن من ثدي الادمية في وقت مخصوص
اي مدة الرضاع المختلف في تقديرها **قوله** قليل الرضاع وكثيره اذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم وبه قال مالك اما لو شك فيه بان ادخلت الحلمة في
فم الصغير وشكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك وهو كما لو علم ان صبية ارضعتها امرأة من قرية ولا يدري من هي فتزوجها رجل من اهل تلك القرية
صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة والواجب على النساء ان لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا ارضعن فليحفظن ذلك وليشهرنه وليكتبنه احتياطا وقال الشافعي
لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات في خمسة اوقات متفاصلة عرفا وعن احمد رح روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان
الحديث رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رض انه صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان وآخره عن ام الفضل بنت الحارث قالت دخل
اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني كانت لي امرأة فتزوجت عليها اخرى فزعمت امرأتي الاولى انها
ارضعت الحدثى رضعة او رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان واخرجه ابن حبان في صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير
عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول الشارح في قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه
لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع واملجته ارضعته وملج هو امه رضعها وهذا الحديث
لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن ان يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة في المصتين فحاصله لا تحرم المصتان ولا الاملاجتان فنفى التحريم
عن اربع فلزم ان يثبت بخمس وهذا ليس بشيء اما اولا فلان مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس شبعات في اوقات واما ثانيا فلان المصة فعل الرضيع
والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى انه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها على هذا فالتحقيق انه لا يأتي حديثا واحدا

لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

لان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفي تحريم الاملاج نفي تحريم لازمه فليس الحاصل من لا تحرم الاملاجتان الا لا تحرم لازمها اعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان لا المصتان فلزم ان لا يصح ان يراد الا المصتان لا الاربع فان قلت فقد ذكرته انها حديثا واحدا في صحيح ابن حبان من رواية ابن الزبير عن ابيه قلت يجب كون الراوي وهو الزبير اراد ان يجمع بين الفاظه صلى الله عليه وسلم التي سمعها منه في وقتين كانه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال ايضا لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان ثم قيل بطريق آخر وهو انه ناف للمذهبين فيثبت به مذهبنا لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالفصل ابو ثور وابن المنذر وداود وابو عبيد وهو للائمة الحديث قالوا المحرم ثلث رضعات اللهم الا ان لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجهه بالنسبة الى وجه قول الشافعي ورد ذلك الذي تثبت به مذهبه ما في مسلم عن عائشة رض قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن قالوا هذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرؤها وهو لا يستقيم الا على ارادة نسخ الكل والا لزم ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ وعدمه كما عن الروافض والا لوجب ان تتلى خمس رضعات الى قدر الامرين الحكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغي يتوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات وعدمه فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم منسبة الصحابة رض واذا بطل التمسك به وان كان اسناده صحيحا لانقطاعه باطنا وثبت نفي تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلث وما روي عنها انه كان في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت داجن فاكلتها لا ينفي ذلك النسخ يعني كان مكتوبا ولم يغسل بعد للقرب حتى دخلت الدواجن والا فالقرآن لا يجوز الزيادة فيه ولا النقص بعده صلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون انا قيل ليكن لنسخ الكل ويكون لنسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا هو الجواب عنه فليس بشيء لان ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج الى دليل والا فالاصل ان نسخ الدال يرفع حكمه واما ما نظر به من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا علم بالسنة والاجماع لم يثبت به فاذا احتاج الى ثبوت كون المحرم الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا فالدليل عليه مفقود وما ذكره اولا قد سمعت ما فيه تحقيقه تمسكهم في الثلث اظهر من تمسك في الخمس نحن الى غيره احوج فكيف لا يستبين انه الاحسن الاول وحديث عائشة رض في مسلم ايضا قالت جاءت سهلة بنت سهيل امرأة ابي حذيفة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني ارى في وجه ابي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم ارضعي سالما خمسا تحرمي بها عليه لا ان مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل في مسند الشافعي ومخالفها على ما فيه والجواب ان التقدير مطلقا منسوخ صرح بنسخه ابن عباس رضي الله عنه حين قيل له ان الناس يقولون ان الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود قال آل امر الرضاع الى ان قليله وكثيره يحرم وروي عن ابن عمر رض ان القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير قال تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فهذا اما ان يكون رد الرواية لنسخها وعدم صحتها او لعدم اجازة تقييد اطلاق الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بفعل الرضاعة من غير فصل وهذا ما قال المص وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به ثم الذي يحرم في حديث سهلة انه صلى الله عليه وسلم لم يرد ان يشبع سالما خمس رضعات في خمس اوقات متفاصلات جائعا لان الرجل لا يشبعه من اللبن رطل و لا رطلان فاين تجد الآدمية في ثديها قدر ما يشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان معدود خمس فيه المصات ثم كيف جاز ان يباشر عورتها بشفتيه فلعل المراد

ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع لما نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر رح ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال لا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب

ان يكون شيئا مقدارا ومقدار خمس رضعات فيشبر به والا فهو مشكل هذا او هو منسوخ من وجه آخر ايضا كما سياتي بيانه والله اعلم **قوله** قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم تقدم في استدلال ابن عمر رض واما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فحديث في الصحيحين مشهور **قوله** ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية جواب سوال بيان ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشو الكائن منه وذلك لا يتحقق بادنى شئ اجاب بان ذلك حكمة لانه خفي والاحكام لا تتعلق بها لخفائها بل بالظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقه ليس مظنة النشو فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشو على خمس رضعات بل واحدة تفيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تاخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق ان الرضاع وان قل يحصل به نشو بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة رض منهم علي وابن مسعود رض اسند الرواية عنهما النسائي وابن عباس رض وجمهور التابعين هذا والاولى ان يقال للبعضية لان الحرمة بشبهة البعضية واقامة السبب مقام المسبب انما هي حرمة المصاهرة اما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي المحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل استحالته كان المحرم شبهتها اي ما يؤول الى الجزئية وينبغي ان يكون الارضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما نبين في المسئلة التي تليها

قوله ثم مدة الرضاع التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح ومالك واحمد رح وقال زفر ثلثة احوال وعن مالك سنتان وشهر وفي آخر شهران وفي اخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا حد له للاطلاقات فيوجب التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمسة عشر سنة وقال آخرون الى اربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين **قوله** لان الحول حسن الخ هذا وجه قول زفر رح وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي لتغير الغذاء والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالثلثة وهذا هو المراد بقوله لما نبين اي في دليل ابي حنيفة رح ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس رض يرفعه بلفظ لا رضاع الا ما كان من حولين وظاهره ان المراد نفي الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ انتهى وكذا وثقه احمد رح والعجلي وابن حبان وغير واحد وروي موقوفا على ابن عباس رض وهو الاصح اخرجه ابن ابي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلي الدارقطني على ابن عمر واظهر الادلة لهما قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابي حنيفة رح هذه الآية ووجهه سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحدة منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بان قال اجلت الدين الذي لي على فلان والدين الذي لي على فلان سنة يفهم منه ان السنة بكمالها لكل او على شخص فيقول لفلان علي الف درهم وعشرة اقفزة الى سنة فصدقه المقر له في الاجل فاذا مضت السنة يتم اجلهما جميعا الا انه قام المنقص في احدهما يعني في مدة الحمل وهو قول عائشة رض الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل وفي رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لا يقال الا سماعا لان المقدرات لا يهتدي العقل اليها وتخريجه في موضعه ان شاء الله تعالى وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهره غير ان هذا يستلزم كون لفظ ثلثين مستعملا في اطلاق واحد في مدلول ثلثين وفي اربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شيئين لا ينفي كذلك وهو الممتنع والا لم يمتنع لانه ما من جمع الا بالنسبة الى شيئين واشكال آخر وهو ان اسماء العدد لا تتجوز بشئ منها في الآخر نص عليه كثير من المحققين

قال وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولأن الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة إذ الكبير لا يتربى به

لانها بمنزلة الاعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة ضعف ثمانية عشر بلا تنوين وممن ذكره صاحب النهاية في فصل المشيئة من كتاب الطلاق لانه تقتضي ان نحو عشرة الا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فاخرج ثم اسند الى ثمانية وهو قول طائفة من الاصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما اذا كان استثناء من عدد منهم شمس الائمة وفخر الاسلام والقاضي ابو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الاصول ويمكن ان يستدل لابي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الآية بناء على ان المراد الوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فان الفائدة في جعلها النفقة من حيث هي ظئر اوجه منها في اعتباره ايجاب نفقة الزوجة لان ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولان نفقتها لا تختص بكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر فيكون حينئذ اجرة لها لان النفقة باعتبار الظئر اعني غير زوجة لا يكون الا اجرة لها واللام من لمن اراد متعلق بيرضعن اي يرضعن للآباء الذين ارادوا اتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف اجرة لهن في الحولين واذا كانت الواو من وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان اظهر في تقييد الاجرة المستحقة على الآباء اجرة للمطلقة لحولين وغاية ما يلزم انه كان مقتضى الظاهر ان يقال وعليه او عليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا اليه وان النسبة الى الآباء والحاصل حينئذ يرضعن حولين لمن اراد من الآباء ان يتم الرضاعة وبالاجرة وهذا لا يقتضي ان انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل مدة استحقاق الاجرة بالارضاع ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى فان ارادا فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء مدة الرضاع المحرم بعد الحولين فاين الدليل على انتهائها البتة اشهر بعدهما بحيث لو ارضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى انه اذا اريد الفطام يحتاج اليها ليعود اليها غير اللبن قليلا قليلا لتعذر نقله دفعة فاما انه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الادلة ولا شك ان الشرع لم يحرم اطعامه غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليهما فجاز ان يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائها فيفطم عنده من اللبن بمرة فليس الزيادة بلازمة في العادة ولا في الشرع فكان الاصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا اولى بالبطلان وهو ظاهر حينئذ فقوله تعالى فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد قبل الحولين فانه موضع التردد في انه يضر بالولد او لا فيتشاوران ليظهر وجه الصواب فيه واما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل ان يقع به من حيث انه فطام بل ان كان فمن جهة اخرى فتمنعه العمومات المانعة من ادخال الضرر على غير المستحق له **قوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم فطم او لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم ابدا لاطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رض وكانت اذا ارادت ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم او بعض بنات اختها ان ترضعه خمسا ولحديث سهلة المتقدم والجواب ان هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم اجمعين يفيد اتفاقهم عليه فمنها ما قدمناه في سند الهمام من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان في حولين وقدمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم اجمعين وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لانه قد ثبت ثبوته بعده وما في الترمذي من حديث ام سلمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث صحيح وفي سنن ابي داود من حديث ابن مسعود يرفعه لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وانشر العظم يروى بالراء المهملة اي احياه ومنه قوله تعالى ثم اذا شاء انشره وبالزاي رفعه وبالزيادة الحجم يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة رض دخل على رسول الله

ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع

صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فقال يا عائشة رض من هذا قلت اخي من الرضاعة فقال يا عائشة رض انظرن من اخوانكن فان الرضاعة من المجاعة يعني اعرفن اخوانكن بخشية ان يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر فان قلت عرف من اصلكم ان عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون بمنزلة روايته للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة رواية عائشة رض وعملها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون الرضاع الكبير محرم قلنا المعنى انه اذا لم يعرف من الحال سوى انه خالف مرويه حكمنا بانه اطلع على ناسخه في نفس الامر حملا لحاله على الظاهر الا ان الظاهر انه لا يخطئ في ظن غير الناسخ ناسخا لا قطعا فلو اتفق في خصوص محل ان علمنا بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لا شك انه لا يكون مما يحكم فيه بنسخ مرويه لان ذلك ما كان الا لاحسان الظن بنظره فاما اذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رأيه وفي الموطأ وسنن ابي داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سأل ابا موسى الاشعري فقال اني مصصت من امرأتي من ثديها لبنا فذهب في بطني فقال ابو موسى لا اراها الا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما يفتي به الرجل فقال ابو موسى فما تقول انت فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان في الحولين فقال ابو موسى لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم فهذه رواية الموطأ فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعما افتاه بالحرمة لا يكون الا لتذكره الناسخ او لتذكره عنده وغير عائشة رض من نساء النبي صلى الله عليه وسلم ابين ذلك ويقولون لا نرى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ولعل سببه انه ما يخالف اصول الشرع حيث يستلزم مس عورتها بشفتيه فحكم باذن ذلك خصوصية وقيل لشيبه ان علم غيرتهم وفي الموطأ عن ابن عمر رض جاء رجل الى عمر بن الخطاب رض فقال كانت لي وليدة فكنت اصيبها فعمدت امرأتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك قد والله ارضعتها فقال عمر رض اوجعها وائت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغير **قوله** ولا يعتبر الفطام قبل المدة حتى لو فطم قبل المدة ثم ارضع فيها ثبت التحريم الا في رواية عن ابي حنيفة انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا ارضع فيها رواها الحسن عنه وفي واقعات الناطفي الفتوى على ظاهر الرواية انها تثبت ما لم تمض تمام المدة للمظنة فان ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء وهل يباح الارضاع بعد المدة قيل لا لانه جزء الآدمي فلا يباح الانتفاع به الا للضرورة وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي واهل الطب يثبتون للبن البنت اي الذي نزل بسبب بنت مرضعة نفعا لوجع العين واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد ولا يخفى ان حقيقة العلم متعذر فالمراد اذا غلب على الظن والا فهو معنى المنع **قوله** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الحديث الذي رويناه وهو بهذا اللفظ **قوله** الا ام اخته من الرضاع يصح اتصاله من الرضاع بكل من الام والاخت وبهما من جهة المعنى فالاول ان يكون للرجل اخت من النسب لها ام من الرضاعة لم تكن ارضعته تحل له والثاني ان يكون له اخت من الرضاعة لها ام من النسب تحل له جهة الرضاعة اذا لم تكن هي المرضعة والثالث ان ترضع الصبي والصبية امرأة ولاخته من الرضاعة ام اخرى من الرضاع تحل له اما من جهة الصناعة فانما يتعلق بالام لا بالاخت لان الام معرفة فهي الجار والمجرور حالا منه لا استثناء بمحذوف وليس صفة لانه معرفة اعني ام اخته بخلاف اخته لانه مضاف اليه وليس فيه شيئا من مسوغات مجيء الحال منه ومثل هذا يجي في اخت ابنه ولو قال اخت له كان اشمل فالاول ان يكون له ابن من النسب له اخت من الرضاعة بان ارتضع مع اجنبية من لم تكن امرأة ابيه حلت لابيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا ربيبته والثاني له ابن من الرضاع بان ارتضع زوجة الرجل حلت للرجل اخته من النسب والثالث له ابن من الرضاع كما ذكرنا الاخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بان ارتضع ذلك الولد امرأتين حلت اخته لابيه من الرضاعة وعلل استثناء الاول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة في ام اخته

وامرأة ابيه او امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني

من النسب بكونها امه او موطوءة ابيه وكذا في تعليله اخراج اخت ابنه من الرضاع بقوله لم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليله حرمة اخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ امها حرمت عليه انما اقتصر على هذا بناء على انها ليست ابنته لوضوح الشق الآخر فافاد بالتعليلين ان المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب ليفيد انه اذا انتفى في شئ من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد تنبه لذلك لانتفائه في صور اخرى الاولى ام النافلة من الرضاع بان ارضعت نافلتك اجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتا او حليلة الابن الثانية جدة ولدك من الرضاع بان ارضعت ولدك اجنبية لها ام يجوز تزوجك بالام لانها ليست امك ولا ام زوجتك وزاد بعضهم ام العم من الرضاع وام الخال من الرضاعة وكذا عمة ولدك لانها من النسب اختك وليست اختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها ان تتزوج بابن اختها من الرضاع وباخي ولدها وبابي حفيدها بامه وبجد ولدها بامه وبخاله ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل وقد جمعت في قوله يفارق النسب الرضاع في صور كام نافلة وجدة الولد وام عم واخت ابن وام اخ وام خال وعمة ابن اعتمد واستشكل الحاق ام العم وام الخال بانهما اما ان يكون كل منهما جدة من الرضاع او موطوءة جدة من الرضاع وكلاهما محرم في النسب الا ان اراد بالعم من الرضاع من رضع مع ابيه وبالخال من رضع مع امه لام اخرى من النسب او الرضاع فحينئذ يستقيم ولقائل ان يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع اباه ولا امه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوءة جده بل اجنبية ارضعت عمه من النسب او خاله ثم قال طائفة هذا الاخراج تخصيص للحديث اعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه احال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو ما تعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا في الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شئ منها مسمى تلك فكيف يكون مخصصة وهي غير متناولة وكذا اذا تناول الاسم في النسب جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما ان يتزوج بنت الآخر وان كانت اخت ولده من النسب وانت اذا تحققت مناط الاخراج امكنك تسمية صور اخرى والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب ان يكون منقطعا اعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا ام اخته الخ وعلى هذا في الاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتها ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفا كما في آية المحرمات وما بعدهن فيها المحرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان ما كانت اما من الرضاعة او بنتا او اختا او بنت اخ الخ تحرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاع حينئذ قول بلا دليل بل الدليل يفيد حلها وهو قيد الاصلاب في الآية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفي ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع ايضا لذلك ثم كان الاخراجها ايضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث مذكور بقيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين اختين من الرضاع فان قلت فلتثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فان الجواب ان الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن انشاز العظم وانبات اللحم لا مطلق الجزئية الكائنة وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة اذ لا انبات اللحم من المني المنصب في الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقنة اشبه منه بالشرب بحيث يخرج كلها شيئا فشيئا لا يبقى منها شئ ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المني ولدا فلا يبقى منه في المرأة شئ استحال الى جوهرها **قوله** وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب اي كما لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاب في آية المحرمات يخرجها اجيب بانها نزلت لاسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجة المتبنى

ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة الصبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج
الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن
بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج
عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة
احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه
من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها

ان يقال من اين ثبت تحريمها يجاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد علمت ما في الجوابين ومن فروعها فرع لطيف هو رجل
زوج ام ولده من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاءت الى الرضيع الذي كان زوجها فارضعته حرمت على زوجها
لان الصغير صار ابنا له فلو بقي النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة قوله على آبائه وابنائه اي في فصل المحرمات قوله ولبن الفحل هو من اضافة
الشيء الى سببه يتعلق به التحريم يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج او سيد يتعلق به التحريم بين من ارضعته وبين ذلك الرجل
بان يكون ابا للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه ابوها ولا لاخوته لانهم اعمامها ولا لآبائه لانهم اجدادها ولا لاعمامه لانهم اعمام الاب ولا
لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابنائه اولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها اولى
فلا يتزوج ابوها لانه جدها ولا اخوها لانه خالها ولا عمها لانه خالها ولا ابناؤها لانها بنت اخيه ولا ابناء بناتها لانها بنت اخته ولا ابناؤها ان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم
اخوتها لامها ولو كان لرجل زوجتان ارضعت كل منهما بنتا لا تحل لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت
برجل بعد ما نزل لها لبن لآخر قبله فارضعت صبية فانها ربيبة للثاني وبنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثاني وبناته ولو كان المرضع صبيا حل له
تزوج بنات هذا ما لم تلد من الثاني فاذا ولدت من الثاني فان ارضعت رضيعا فهو ولد للثاني وان حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الاول فهو
قبل اللبن من الثاني فالرضيع به ولد الاول عند ابي حنيفة ره ويثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد ره ولد لهما فتثبت الحرمة من الزوجين وقال ابو يوسف ره
ان علم ان اللبن من الثاني بامارة كزيادة فهو ولد الثاني والا فهو ولد الاول وعنده ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثاني غالبا فهو
للثاني وان استويا فلهما وبقول ابي حنيفة قال الشافعي ره في الجديد وقد حكي الخلاف هكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند ابي حنيفة ره
وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا انسب بقول محمد ره فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها اللبن فارضعت به ثم يبس
لبنها ثم در لها فارضعت به صبية فان لولد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس لبن الفحل ليكون هو ابا لها كما لو لم تلد من الزوج
اصلا او نزل لها لبن فانه لا يثبت بارضاعها تحريم بين ولد زوجها ومن ارضعته لانه ليس لبن الفحل لان نسبته اليه بسبب الولادة منه فاذا انتفت انتفت النسبة
وكان كلبن البكر ولبن الزنى كالحلال فاذا ارضعت به بنتا حرمت على الزاني وآبائه وابنائه وابناء ابنائهم وان سفلوا وفي التجنيس ومن علامة اجناس
الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا لابنائه ولا لاجداده ولا لاحد من اولاده
واولادهم ولعم الزاني ان يتزوج بها كما يجوز ان يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء
الزاني واولاده لاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا في حق المتولد من الزنى فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا قال في
الخلاصة وكذا لو لم تحبل من الزنا وارضعت لابن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتها عليه من النسب وذكر الولوالجي ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة
لا تثبت من جهة الاب كذا ذكره الاسبيجابي وصاحب الينابيع وهو اوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون
اللبن اذ ليس اللبن كائنا من منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد والتغذي لا يقع الا بما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن كالحقنة فلا اثبات
فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اثبت الحرمة وبه يستدل على ابطال قول ضعيف
شافعي انه لا تثبت الحرمة من الزوج ونقل عن بعض الصحابة رض لانه لا جزئية بين الرجل وبين من رضعته ولانه لو نزل للرجل لبن فارضعت صغيرة لم تثبت

وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة واحدة لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالأخرى هذا هو الأصل لأن أمهما واحدة فهما أخ وأخت ولا يتزوج
المرضعة أحد من ولد التي أرضعت لأنه أخوها ولا ولد ولدها لأنه ولد أخيها ولا يتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لأنها عمته من
الرضاع وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إنه موجود فيه
حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم
وإن كان اللبن غالبا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما إذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به
التحريم في قولهم جميعا لهما أن العبرة للغالب كما في الماء إذا لم يغيره شيء عن حاله ولأبي حنيفة رحمه الله أن الطعام أصل واللبن تابع له في
حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لأن التغذي بالطعام إذ هو الأصل

فكيف يحرم بلبن هو سبب بعيد فيه ولنا الخبر المذكور وما روي عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب
فقلت والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني وإنما أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته فقال ائذني له فإنه عمك تربت يداك وفي رواية تربت يمينك إلى غير ذلك
من الأحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث تنفي ما ذكر من المعقول على أنه قد قيل إنه لا يتغذى الولد به وأما لبن الرجل فسيذكره المصنف وإذا ترجح عدم
حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على زوج ليس اللبن منه أولى بخلاف ما في الخلاصة ولكن يخالف المسطور في الكتب المشهورة
إذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بطريق أولى وتقدم البحث في دلالة حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة الربيبة من الرضاع
قوله ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف الحرمة إليه احتياطا كالمصاهرة وأنت علمت الفرق بل حقيقة الحال أن حقيقة البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع
فأثبت حرمة الأبنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد قوله وكل صبيين يريد صبيا وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو أحد أسباب التغليب كالخفة
في العمرين قال عمر أخف من أبي بكر وقيل يحتمل أبا بكر لأن عند البصريين يكتفى بتثنية المضاف فيقال أبو بكر وعمر والكوفيون يثنون الجزأين فيقولون العمرين ١٠١
والشهرة كالأقرعين للأقرع بن حابس وأخيه قوله ولا تزوج المرضعة بفتح الضاد تورث ويجوز كونها فاعلا فينصب أحد ومفعوله فيرفع وباقي
الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي أرضعت رضع مع المرضعة أو كان سابقا بسنين كثيرة أو مسبوقا بأن رضاعها بأن ولد بعده بسنين

وكذا لا يتزوج أخت المرضعة لأنها خالته قوله وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا
للشافعي رحمه الله قال الأصح أنه إذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والإفطار وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع أو جامد واعتبر بالكثرة
في جميع ذلك أن يكون اللبن مستهلكا قوله هو أي الشافعي رحمه الله يقول إنه أي اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه وعلى ما هو الأصح فمرجع الضمير القدر المحرم منه
موجود فيه حقيقة فيستلزم حكمه من التحريم قوله ونحن نقول حاصله القياس على اليمين على أن لا يشرب لبنا فإنه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لأن
الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر أن حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لا عدم تعلق التحريم لاختلاف
حكم الأصل والفرع لأنه في الأصل حرمة الشرب بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع أصل الشرب والسقي غير أنه يترتب عليه حرمة النكاح و
للشافعي رحمه الله أن يقول إن هناك فارقا وهو بناء الأيمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ماء فيه لبن مغلوب شربت لبنا إلا أن يقال
مخلوطا فيقيدونه وأما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا مدفع لهذا إلا أن يقال إنه إذا كان مغلوبا
بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالظنة عند تحقق الخلو عن المنبت هذا إذا اختلط بالماء أما لو اختلط بالطعام فهي المسئلة
التي ذكرها عقيب هذه وقوله فيها كقوله في الاختلاط بالماء عند أبي حنيفة رحمه الله لا يتعلق به تحريم وإن غلب اللبن هذا إذا لم تمسه النار أما إن طبخ فلا تحريم
مطلقا بالاتفاق لهما أن العبرة للغالب فصار كالماء إذا لم يغيره شيء عن حاله وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الطعام أصل واللبن تابع فيما هو المقصود وهو التغذي
وهذا لأن خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع إلا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن وتشوفه منه فقد جمع في جوفه
ما ينبت واحد منهما أكثره هو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فإن قيل فرض المسئلة أن اللبن غالب في القصعة أما عند
فالأكثر الواصل إلى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن إن غلب وأثبتنا الحرمة ثم قال المصنف ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح

وإن اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لأن اللبن يبقى مقصودا فيه إذ الدواء لتقويته على الوصول وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رحمه الله لأن الكل صار شيئا واحدا فيجعل الأقل تابعا للأكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله يتعلق التحريم بهما لأن الجنس لا يغلب الجنس فإن الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن أبي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان وأصل المسألة في الأيمان وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا تعلق به التحريم لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم تتعدى إلى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الإنشاز والإنبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما أما الجزئية في الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

احتراز من قول من قال من المشايخ أن عدم إثبات أبي حنيفة رح الحرمة واللبن غالب هو إذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة أما معه فتحرم اتفاقا لأن تلك القطرة إذا دخلت الجوف أثبتت التحريم والصحيح الإطلاق عدم الحرمة لأن التغذي ح بالطعام والتغذي مناط التحريم **قوله** فإن اختلط أي اللبن بالدواء حاصله أنه كالماء إلا أن اللبن إذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصد أن الدواء لتنفيذه وعلى هذا إذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أوجر بذلك أو استعط **قوله** وإذا اختلط اللبن بلبن شاة فإن كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغير إياه أو لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لأن لبن الشاة لما لم يكن له أثر في إثبات الحرمة التحريم كان كالماء فيعتبر الغالب ولو تساويا وجب ثبوت الحرمة لأنه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا **قوله** وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف رح وبه قال الشافعي رح وقال محمد رح تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر رح وعن أبي حنيفة رح روايتان رواية كقول أبي يوسف رح ورواية كقول محمد رح وجه قول أبي يوسف رح جعل الأقل تابعا للأكثر وجه قول محمد رح أن الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تبعا للآخر فيثبت التحريم من كل مستقلا **قوله** وأصل المسألة في الأيمان إذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ولبن البقرة فيه المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بيناه وقال الشارح عند محمد رح يحنث وعندهما لا يحنث ولا يخفى أنه إنما يكون أصلا للخلاف إذا كان على ما في النهاية وكان ميل المص إلى قول محمد رح حيث أخر دليله فإن الظاهر أن من تأخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر وأصله أن السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد أيضا وهو ظاهر **قوله** وإذا نزل للبكر لبن تعلق به التحريم لإطلاق النص ولأنه سبب النشوء وعليه الأربعة إلا في رواية عن الشافعي رح ورواية عن أحمد لأنه نادر فأشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل إذا وجد وسنذكر له تتمة **قوله** وإذا حلب لبن امرأة بعد موتها فأوجر به صبي تعلق به التحريم وبه قال مالك وأحمد رح خلافا للشافعي رح هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة إنما هو المرأة ثم يتعدى به الحرمة إلى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا أي لعدم المحلية لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة ولنا أن السبب الجزئية وحاصله إبداء الفارق بين الإجماعية وهي ما إذا كانت حية والخلافية وهي ما إذا كانت ميتة وهو موتها إلا أن حيوتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع إلا ما أنبت اللحم الخ وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لأن مانعيته إن أضيفت إلى انتفاء محليتها لثبوت الحكم منعناه لثبوت بعضه كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة وتيممها لأنها محرمة أم زوجته وأيضا بالنسبة إلى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لأنها أختان أو بالنسبة إلى حرمة نكاحها فقط منعنا تأثيره في إفادة المانعية بل مفسدها انتفاء الحكم مطلقا فإن عين المانعية بأن الحكم وهو حرمة النكاح يثبت أولا فيها ثم يتعدى قلنا إن أردت أنه لا يتعدى إلى غيرها إلا بعد ثبوته فيها منعناه بل كذلك عند اتفاق محليتها ح مع أن الحرمة إنما تثبت في الكل معا شرعا والتقدم في الأم ذاتي لا زماني فإذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ولو علل الشافعي بنجاسة اللبن والحرمة كرامة إذ فيه تكثير الأعوان على المقاصد والسكن وبالموت تتنجس فإن ادعى منعناه بل لبن الميتة الطاهر طاهر عند أبي حنيفة رح وقد استغنى حينئذ بأن التنجس بالموت لما حلته الحيوة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس إذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن إلى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه أنه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وأبو يوسف رح ومحمد رح إنما قالا بتنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كما لو حلب في إناء نجس وأوجر به الصبي تثبت الحرمة وإن أراد التنجس منعناه لما ذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق وسطا بفتح الواو والسعوط صبه من الأنف ويقال أوجرته ووجرته **قوله** أما الحرمة في الوطي جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطيها بالفرق وهو أن سبب الحرمة في الرضاع

الرضاع

واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء فاما المحرم في الرضاع معنى النشوء ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لاجزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها

الانبات والنشوء بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لانها والتغذي ثابتان بلبن الميتة **قوله** واذا احتقن قال في المغرب الصواب حقن اذا عولج بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز قال في النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد ان منع البناء للمفعول على ما في المغرب لعدم التعدي واذ قد نص صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لان ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد تعدية الافتعال منه للمفعول به للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال واذا احتقن الصبي بل الى الحقنة وهي آلة الاحتقان والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد وليس من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين اصحابنا في كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا تثبت بالاقطار في الاحليل والاذن والجائفة والآمة كذا اطلقه بعضهم ونص آخرون على انه اذا وصل الى الجوف تثبت الحرمة وبعضهم ذكر انه روي عن محمد ثبوت الحرمة بالحقنة ووجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من الاسافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار في الاحليل غاية ما يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي كذا في الاذن الضيق الثقب وفيه نقل التصحيح بالنظر باقطار الدهن في الاذن لسرايته فيصل الى باطنه لا لانه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به وثبت وان كان يحصل به رفق من ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجور والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا **قوله** واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبية لم يتعلق به تحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة وقد ذكر في بعض الحكايات انه اتفق لرجل رضاع صغير فان صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم انه لو نزل للبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم وحكم بانه ليس لبنا كما لو نزل للبكر ما اصفر لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا تثبت الحرمة بخلاف الرجل الا ان الحكم لازم وانما بانه ليس بلبن

قوله واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها اعلم ان ثبوت الحرمة بالرضاع بطريق الكرامة للجزئية فان الوطء ابتذال وامتهان وارتقاق ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته ولا يحسن صدوره ممن يستفيد جزء نفسه وجبلته لمشيئها اذا كان الرضيع صبيا بالنسبة الى المرضعة بكريمته لها وجعلت في الشرع امالة لسبب ان جزءها صار جزءا له كما ان الامية من النسب كذلك اذ جزؤه جزؤها وجزء الآخر جزء الاب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فانما خلقها للابتذال الآدمي لها على انحاء الابتذال لماذون فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفي آية اخرى فمنها ركوبهم ومنها ياكلون وهو سبحانه مالك الاشياء والحكيم على الاطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بل ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على الآدمي توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الاكرام والاحترام فلم تعتبر الشاة ام الصبي والا لكان الكبش اباه والاخية فرع الامية وكذا سائر الحرم بعدها انما تثبت بتبعية الامية حتى الابوية فانه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الاب من النسب لان جزءه انفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن انما يتولد من الغذاء والكائن من ماء الرجل انما يصل من اسفل والتغذي لبقاء الحيوة والجزء لا يكون الا مما يصل من الاعلى الى المعدة ولكن لما اثبت الشرع امية زوجته اعتبر لقناع

بالصبي

وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لأنه يصير جامعاً بين الأم والبنت رضاعاً وذلك حرام كالجمع بينهما نسباً ثم إن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لأن الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وإن كان فعلاً منها لكن فعلها غير معتبر في إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد وإن لم تتعمد فلا شيء عليها وإن علمت بأن الصغيرة امرأته وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الإتلاف لكنها مسببة فيه إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للنكاح وضعاً وإنما يثبت ذلك باتفاق الحال أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه إلا أن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه إبطال النكاح وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الإفساد لا تكون متعدية لأنها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضاً

لبن هو سبب فيه اثبت لبنوته الرجل الابوة وحين للام ولااب ولااخوة ولاالحرمة ونقل ان الامام محمد بن اسمعيل البخاري صاحب الصحيح افتى في بخارا بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه اعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الاحكام وحكمها كثر خطاؤه وكان ذلك في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وهو ولادة الشافعي رح فانهما سنا ولدا في العام الذي توفي فيه ابو حنيفة رح وهو عام خمسين ومائة **قوله** واذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه صار جامعاً بين الام والبنت من الرضاعة وذلك حرام كالجمع بينهما نسباً ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لانها ام امرأته والعقد على البنت يحرم الام واما الصغيرة فان كان اللبن الذي ارضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كان حرمتها ايضاً مؤبدة كالكبيرة لانه صار ابا لها وان كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت بهذا الرجل وهي فيها لبن من الاول جاز له ان يتزوجها ثانياً لانتفاء ابوته لها الا ان كان دخل بالكبيرة فيتابد ايضاً لان الدخول بالام يحرم البنت واما حكم المهر فلا يجب للكبيرة ان لم يكن دخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الارضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط باضافة الفرقة اليها يعرف منه ان الكبيرة لو كانت مكرهة او نائمة وارتضعتها الصغيرة او اخذ شخص لبنها فاوجر به الصغيرة او كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء اضافة الفرقة اليها وان كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها ان لم يكن مجنونة ونحوها واما الصغيرة فلا يتصور الدخول بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في اسقاط حقها لعدم خطابها بالاحكام وصار كما لو قتلت مورثها فانها ترثه ولا يكون قتلها موجباً لحرمانها مباشرة ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة في الفعل الذي مختارة فصار كمن القى حية على انسان فلسعته ضمن لان اللسع لها طبع فاضيف اليه واورد عليه ما لو ارتدا ابو الصغيرة منكوحة ولحقا بها دار الحرب بانت من زوجها ولا شيء لها من المهر ولم يوجد الفعل منها اصلاً فضلاً عن كونه وجد ولم يعتبر اجيب بان الردة محظورة في حق الصغيرة ايضاً على معنى اضافة الحرمة الى ردتها التابعة لردة ابويها بخلاف الارتضاع لا حاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر بل يرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد يرجع به عليها والا لا يرجع وتعمده بان تعلم قيام النكاح وان الرضاع مفسد وتعمده لا لدفع الجوع او الهلاك عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح او علمته ولم تعلمه مفسداً او علمته مفسداً ولكن خافت الهلاك او قصدت دفع الجوع لا ترجع والقول قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لانه لا يعرف الا من جهتها وعن محمد رح انه يرجع في الوجهين ما اذا قصدت الفساد وما اذا لم تقصده والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما لانها اي الكبيرة وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بان تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك اي تاكيد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه لا مباشرة لان القائم الذي شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع وكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي وهذا ظاهر غير ان المصنف بين كونها مسببة بان فعل الارتضاع ليس موضوعاً لافساد النكاح بل لتغذية الصغيرة وتربيتها وانما يثبت الفساد باتفاق صيرورتها اماً وبنتاً تحت رجل او لان افساد النكاح الكائن بصنعها ليس بسبب لالزام المهر شرعاً بل لاسقاطه ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من ان وجوبه لا بقياس بل بالنص ابتداء جبراً للايحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه ولا يخفى ان هذا التقرير بعينه يجري في مباشر العلة بان يقال الارتضاع ليس بافساد النكاح وضعاً والافساد ليس بسبب لالزام المهر شرعاً بل لاسقاطه الخ وليس هو مسبباً فالمعول عليه

وهذا منا اعتبار للجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رح يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

في كونه سببا ما بيناه واذا كانت سببه يشترط فيه اي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبيب للاهلاك فان كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه او في غيره ضمنه للتعدي فيه وانما تكون متعدية بمجموع العلمين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينهض على محمد رح اذا كان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه سبب فيشترط التعدي وهو لا يلتزم اشتراط التعدي فيه فانما ينهض الاستدلال على ان المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما اذا قبل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضي على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص والدية فلا يجب شئ آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا ارضعت اجنبيتان لهما لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم تغرما شيئا وان تعمدتا الفساد واجيب بالفرق بان فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما خلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطاء وذلك بان قيل فارضعها امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين المرأتين لان كلا افسدت لصيرورة كل بنتا للزوج **قوله** وهذا منا اعتبار الجهل الخ جواب سوال هو ان الجهل بالاحكام في دار الاسلام عندكم ليس عذرا فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الديني لا لدفع الحكم الذي هو وجوب الضمان غير انه اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدي كما قلنا والتعدي به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما اجنبية معا او على التعاقب حرمتا فلو كن ثلثا فارضعتهن بان القمت ثنتين ثدييها واوجرت الاخرى ما حلبته حرمن او على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امرأته لانهن حين ارتضعتا حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن في عصمته سواها ولو كن اربعا فارضعتهن معا او واحدة ثم الثلث معا حرمن وكذا لو ارضعتهن على التعاقب لانها حين ارضعت الآخرتين لم يكن في نكاحه غيرهما ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتهما الكبيرة على التعاقب بقي نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس في نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما ولو ارضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم ارضعتهما الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبيرة الثانية ان ابتدأت بارتضاع الصغرى الثانية بانتا منه او بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين ارضعت الاولى صارت اما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت تحرم الام ثم ارضعت الثانية ليس في نكاحه غيرها **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك رح يثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن احمد واسحق والشافعي رح باربع نسوة والذي في كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدي الاجنبية والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهي مر دينى يثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك في ضمنه وكم من شئ يثبت ضمنا بطريق لا يثبت بمثلها قصدا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

ولحديث عقبة بن الحارث في الصحيحين انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امة سوداء فقالت قد ارضعتكما قال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم
قال فاعرض عني فتنحيت فذكرت ذلك قال وكيف وقد زعمت ان قد ارضعتكما وعقبة هذا كنيته ابو سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو
والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال بقبول الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا يوجب جواز قبول الامة وروي مسندا في الترمذي
فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت اني ارضعتكما وهي كاذبة فاعرض عني
قال فاتيته فقلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد ارضعتكما دعها عنك ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه
والاصل في زوال الملك اشتراط الشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكة محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم
الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا يستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد واما الحديث فكان
للتورع الا يرى انه اعرض عنه في المرة الاولى وقبل في الثانية ايضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاجبار وجوب التفريق لاجابه من اول
المرة فالاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسألة بعد ذلك ففيه تقريرا على الحرام فعلم انه قال له ذلك لظهور اطمينان نفسه بخبرها لا من باب الحكم وكونها
كانت حملته على ما قبل لا ينفي اطمينان النفس بخبرها بل قد يكون معه لان بعض البلاهة تقارنها عن الغالب عدم الحث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا
القدر لا في الجنون فقد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه الرجال قلنا لا نسلم فان المحارم
من الرجال يطلعون عليه وايضا الرضاعة لا تتوقف على الثدي لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروي عن عمر رض مثل قولنا وفي المحيط لو شهدت
امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية فرع قال لامرأته هذه امي من الرضاعة او اختي او بنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك
فان قال اخطات ونسيت ان كان بعد ان ثبت على الاول بان قال بعده هو حق او كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال بعد ان لم يصدر
منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي ره والنكاح باق لان مثله مما يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثل هذا في الاقرار بالنسب
وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمتنع بخلاف ما اذا ثبت بعد التروي فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا
في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ولو اقرت المرأة بذلك وانكر هو ثم قالت اخطات فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي ره يحلف الزوج
على العلم في قول وعلى الثبات في قول ولو تزوجها قبل ان تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو اقر الرجل قبل التزوج وثبت
على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا اقرت بالطلقات الثلاث من رجل حل لها ان تتزوج نفسها منه انتهى
وكان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل التروي والله اعلم

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان احكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي احكام الرضاع شرع بذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده
واستعقاب احكامه وايضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا ان ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة
لغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشأنه ثم ثنى بالاخف وايضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في الوجود
باحكامه ويتلوه الطلاق فاوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه

قال الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة

قوله تعالى الطلاق مرتان اي التطليق او هو مصدر طلقت بضم اللام او فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل في النساء بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال اطلقت بعيري واسيري وفيه من التفعيل طلقت امرأتي فان قال ذلك بعد اطلق طلقة اوقعها فان قال ثانية فليس فيه الا التاكيد واذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق او كناية كمطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ال ق على ما سياتي وغيرها كقول القاضي فرقت بينهما عند اباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في اباء ورده احد الزوجين على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا فقول بعضهم رفع قيد النكاح من اهله في محله غير مطرد لصدقه على المفسوخ ويشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لا دخل له في حقيقته والتعريف لحقيقته وركنه نفس اللفظ واما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى وشرعه رحمة منه سبحانه وشرطه في الزوج ان يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفي الزوجة ان تكون منكوحة او في عدة التي تصلح معها محلا للطلاق وفي المحيط فقال المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطي لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ تتحقق العدة دونهما كما لو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا ان تلحق الخلوة بالوطي فكانها هو وفيه تساهل ثم تقتضي ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة او غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج لانه لا فائدة فيه في اعتباره ولانه لا يتوقف لغاية ليفيد الطلاق غايته واما في الفسخ بغيرها فالمصرح به في العدة من خيار العتق والبلوغ انه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كانه لم يكن وكذا الفسخ بعدم الكفاءة ونقصان المهر وعلى هذا اذا سبي احد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الزوج لعدم العدة لان المسبي ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحربية وان كانت المرأة فكذلك لحلها للسابي بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة احدهما مسلما او ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية وان كانت المرأة فكذا عند ابي حنيفة رح وعندهما وان كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يد اذ لا يد للحربي فاقل ما يقع فيه ملك الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستامنين فاسلم احدهما او صار ذميا فهي امرأته حتى تحيض ثلث حيض فاذا حاضتها فهي امرأته وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لانه المعتبر منهما كانه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا اسلم احد الذميين وفرق بينهما باباء الآخر فانه يقع عليها طلاق ان كانت هي الآبية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض ما قيل اذا اسلم احد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض ايضا بالمرتد يقع طلاقه عليها مع ان الفرقة بردته فسخ خلافا لابي يوسف رح ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها في العدة لا يقع واختلف في محليتها للطلاق لو ما جرت فانفسخ النكاح فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال في المبسوط وقيل في قول ابي يوسف رح الاول وهو قول محمد رح فاما على قول ابي يوسف رح الاخير يقع طلاقه وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول ابي يوسف رح الاول وهو قول محمد في قول ابي يوسف رح الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرأة زوجها بعد ما اعتقته فحكى الخلاف في ما بين المسلمين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسئلة الثانية على الاول لو لحقت بدار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عادت وهي بعد في العدة فطلقها وهي على الخلاف وما ذكر من انه لا عدة على الحربية في دار الحرب عندهما يخالف ما ذكره محمد في السير فيما اذا اسلمت امرأة الحربي وهما في دار الحرب وثبتت فيها فوقوع الفرقة بينهما الى مضي ثلث حيض او ثلثة اشهر فلما مضت وقعت الفرقة قال محمد رح وعليها ثلث حيض اخرى وهي فرقة بطلاق ولهذا يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للاباء الا ان المدة اقيمت

وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة

مقام آبائه بعد العرض فانه يقع عليها طلاقه واما وصفه فهو ابغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه ابو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان ابغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه وغاية ما فيه انه مبغوض اليه سبحانه ولم يترتب عليه ما رتب على المكروه ودليل نفي الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم امره سبحانه ان يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة او ريبة فان طلاقه حفصة لم يقترن بواحد منهما واما ما روي لعن الله كل ذواق مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس اجمعين ولا يخفى ان كلامهم فيما سيأتي من التعاليل يصرح بانه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما وانما ابيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا في بيان سببه فبين الحكمين منهم تدافع والاصح حظره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما ابيح في بعض الاوقات اعني اوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر في رواية لابي داود ما احل الله شيئا ابغض اليه من الطلاق وان الفعل لا عموم له في الزمان غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة المبيحة ان يلقى اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز او يتضرر باكراهه نفسه على جماعها فهذا اذا وقع فان كان قادرا على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها في عصمته بلا وطء او بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها او لم ترض هي بترك حقها فهو مباح لان مقلب القلوب رب العالمين واما ما روي عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه فقال احب الغنى قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأي منه ان كان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رض فطلاق عمر رض ام عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة واحدة فقال لهن انتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا واما اذا لم تكن حاجة فمحض كفران نعمة وسوء ادب فيكره والله سبحانه اعلم واما حكمه فوقوع الفرقة مؤجلا بانقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن واما محاسنه فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك ساء اختيارهن وسرع اغترارهن ونقصان الدين وعنه كان اكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكائد وافشاء سر الازواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلاثا لان النفس كذوبة ربما تظهر عدم الحاجة اليها او الحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وعيل الصبر فشرعه سبحانه ثلاثا ليجرب نفسه في المرة الاولى فان كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة والا امكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عادت النفس الى مثل الاول وغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر ايضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة الا وقد جرب وفقه في حال نفسه وبعد الثلاثة تبلى الاعذار واما اقسامه فما افاد المص بقوله الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي علم ان الطلاق سني وبدعي والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعي كذلك فالسني حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض الذي قبله ولم يطلقها فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتي ويتركها حتى تنقضي عدتها لما اسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم النخعي ان الصحابة رض كانوا يستحبون ان يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلث حيض وقال محمد رح بلغنا عن ابراهيم النخعي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد عن الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة او بعدها دون تحلل زوج آخر واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها بالنسبة اليه فلم يسد باب النعمة عليها فلا يتكامل ضرر

والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار وقال مالك رحمه الله إنه بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما إن من السنة أن يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة

الاحتواش فلا خلاف لأحد في الكراهة إنما واقعة الدليل الإجماع على انتفائها بخلاف الحسن فإن فيه خلاف مالك لما ذكرنا من قلة ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة فكان أحسن واعلم أن المسمى بالمسنون هو كالمندوب في استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لأن الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضا أو ثلاثا فمنع نفسه منه إلى الطهر الآخر والواحدة نقول إنه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الإيقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الإيقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لأنه لو أوقع واحدة في الطهر الخالي من غير أن يخطر له داعية ذلك الإيقاع سميناه طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب هو كف النفس عن المعصية بعد تهيئ أسبابها وقيام داعيتها وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير أن يخطر له داعيته وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعيته وطلب النفس له وتهيؤه وكف تجافيا عن المعصية أثيب **قوله** والحسن طلاق السنة وأنت حققت أن كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له إلا أن يراد تمييزه بالمفضول من طلاق السنة قال وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك ويجب على الغائب إذا أراد أن يطلق أن يكتب إذا جاءك كتابي وأنت طاهرة فأنت طالق وإن كنت حائضا فإذا طهرت فأنت طالق فقال مالك هذا بدعة ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى الدارقطني من حديث معلى بن منصور ثنا شعيب بن زريق أن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال ثنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر رضي الله عنهما ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فأمرني فراجعتها فقال لي إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا كان يحل لي أن أراجعها فقال لا كانت تبين منك وكانت معصية أعله البيهقي بالخراساني قال أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به وزوائده رواه الطبراني ثنا علي بن سعيد الرازي ثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي ثنا أبي ثنا شعيب بن زريق سندا ومتنا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر رضي الله عنهما وكذلك قال أبو حاتم وقيل لأبي زرعة الحسن لقي ابن عمر قال نعم وأما إعلال عبد الحق بمعلى بن منصور فليس بذلك ولم يعله البيهقي إلا بالخراساني وقد ظهرت متابعته ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لأنها باطنة ودليلها الإقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة إلى تركها البتة لرسوخ الأخلاق المتباينة وموجبات المنافرة فلا تفيد رجعتها فيحتاج إلى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تابع الحس الظاهر وطريق اعتبار هذه الحاجة مقتضاها على الوجه المذكور أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه فإن لم يقدر تدارك بالرجعة وإن قدر أوقع أخرى في الطهر الآخر كذلك فإن قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم إذا أوقع الثلاثة في ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان إن كانت حرة فإن حاضت حيضة انقضت وإن كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها ثنتان **قوله** ثم قيل الأولى أن يؤخر الطلاق إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة عليها وقال المصنف والأظهر أي الأظهر من قول محمد رحمه الله حيث قال إذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة إذا طهرت ووجهه بأنه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع ولا يخفى أن الأول أقل ضررا فكان أولى وهو رواية عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله **قوله** وطلاق البدعة ما خالف قسمي السنة وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو مفرقة في طهر واحد أو ثنتين كذلك أو واحدة في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه أو جامعها في الحيض الذي يليه هو فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الإمامية لا يقع

ومن شك يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا إلى دليلها ثم قيل الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والأظهر أن يطلقها كما طهرت لأنه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا

بلفظ الثلاث أو في حالة الحيض لأنه بدعة محرمة قال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد وفي أمره صلى الله عليه وسلم ابن عمر أن يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض وأما بطلانه في الثلاث فيتضح بما يأتي من دفع كلام الإمامية قال قوم تقع به واحدة وهو مروي عن ابن عباس رض وبه قال ابن إسحق ونقل عن طاوس وعكرمة يقولون خالف السنة فيرد إلى السنة وفي الصحيحين أن أبا الصهباء قال لابن عباس رض ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من إمارة عمر قال نعم وفي رواية لمسلم أن ابن عباس رض قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر رض إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم وروى أبو داود عن ابن عباس رض قال إذا قال أنت طالق ثلاثا بفم واحد فهي واحدة وروى ابن إسحق عن عكرمة عن ابن عباس رض قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله صلى الله عليه وسلم كيف طلقها قال طلقها ثلاثا في مجلس واحد قال إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلاثة وفي غيرها واحدة لما في مسلم وأبي داود والنسائي أن أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس رض قال أما علمت أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس رض بل كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر رض فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال أجيزوهن عليهم هذا لفظ أبي داود وذهب جمهور الصحابة رض والتابعين ومن بعدهم من أئمة المسلمين إلى أنه يقع ثلث ومن الأدلة في ذلك ما في مصنف ابن أبي شيبة والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله أرأيت لو طلقها ثلاثا قال إذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي سنن أبي داود عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس رض فجاء رجل فقال إنه طلق امرأته ثلاثا قال فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ثم قال يطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس رض فإن الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي الموطا مالك بلغه أن رجلا قال لعبد الله بن عباس رض إني طلقت امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى فقال ابن عباس رض طلقت منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفي الموطا أيضا بلغه أن رجلا جاء إلى ابن مسعود رض فقال إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ما قيل لك فقال قيل لي بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الإجماع على هذا الجواب وفي سنن أبي داود وموطا مالك عن محمد بن إياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس رض وأبا هريرة رض عن ذلك فقالا لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فإنما طلاقي إياها واحدة فقال ابن عباس رض إنك أرسلت من يديك ما كان لك من فضل وهذا يعارض ما تقدم من أن غير المدخول بها إنما تطلق بالثلث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس رض وفي موطا مالك مثله عن ابن عمر رض وأما إمضاء عمر الثلث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة رض له مع علمه بأنها كانت واحدة إلا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ هذا إن كان على ظاهره أو لعلمهم بانتهاء الحكم لذلك لعلمهم بإناطته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فإنا نرى الصحابة تتابعوا على هذا ولا يمكن وجود ذلك منهم مع اشتهار كون حكم الشرع المتقرر كذلك بدا فمن ذلك ما أوجدناك عن عمر رض وابن مسعود وابن عباس رض وأبي هريرة ويروى أيضا عن عبد الله بن عمرو رض بن العاص وأسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل إلى ابن مسعود فقال إني طلقت امرأتي تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود رض ثلث تبينها وسائرهن عدوان وروى وكيع عن الأعمش عن حبيب عن أبي ثابت رض قال جاء رجل إلى علي بن أبي طالب فقال إني طلقت امرأتي ألفا فقال له علي بانت منك بثلاث واقسم سائرهن على نسائك وروى وكيع أيضا عن معاوية بن أبي يحيى قال جاء رجل إلى عثمان بن عفان رض فقال طلقت امرأتي ألفا فقال بانت منك بثلث وأسند عبد الرزاق عن

وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق
في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به
المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في
المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها

عبادة بن الصامت ان اباه طلق امرأة له الف تطليقة فانطلق عبادة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت بثلث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة
وسبعة وتسعون عدوانا وظلما ان شاء عذبه وان شاء غفر له وقول بعض الحنابلة القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة الف عين رأته
فهل صح لكم عن هؤلاء او عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل اما اولا فاجماعهم ظاهر فانه
لم ينقل عن احد منهم انه خالف عمر رضي الله عنه حين امضى الثلث وليس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة الف ان يسمي كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على انه
اجماع سكوتي واما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقل ما عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذي توفي عنهم صلى الله عليه وسلم لا تبلغ عدة
المجتهدين الفقهاء منهم اكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وانس وابي هريرة رضي الله عنهم وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون
منهم وقد اثبتنا النقل عن اكثرهم صريحا بايقاع الثلث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بان الثلث بفم واحد
واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن انس بانها ثلث اسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر فيه ان يصير كبيع امهات
الاولاد اجمع على نفيه وكن في الزمن الاول يبعن وبعد ثبوت اجماع الصحابة رضي الله عنهم لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة
اذا طلق ثلثا مع ظهور الفرق بان مخالفته لا تحتمل خروجا عن الابطال لمخالفته الاذن والمكلفون وان كانوا ايضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا
اجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان متقيدا بامر الشرع على ذلك الظاهر قلنا ان لا نشتغل معه بتاويل فقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع
على الناسخ او العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته هذا وان حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضته اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما اوجدناك من النقل عنهم واحدا واحدا
وعدم المخالف لعمر في امضائه فظاهر حديث ابن مسعود رضي الله عنه فتاويله ان قول الرجل انت طالق انت طالق انت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التاكيد
في ذلك الزمان ثم صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر رضي الله عنه ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل في تاويله ان الثلث التي يوقعونها الان انما كانت في الزمان الاول
واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فامضاه عمر واما حديث ركانة فمنكر والاصح ما رواه ابو داود والترمذي و
ابن ماجة ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما اراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر رضي الله عنه والثالثة في زمن عثمان رضي الله عنه
قال ابو داود وهذا اصح واما المقام الثالث وهو كون الثلثة بكلمة واحدة معصية او لا ففيه خلاف الشافعي رحمه الله استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح
عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وبما روي ان عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلثا ولم ينكر عليه
صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف
تماضر ثلثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رضي الله عنه امرأته شهبانة ثلثا لما هنئته بالخلافة بعد موت علي رضي الله عنه ولان الطلاق مشروع والمشروعية لا تجامع الحظر
الا ترى انه لو طلق نساءه الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق في حالة الحيض لانه يحرم للمضارة بتطويل
العدة عليها لا للطلاق وبخلافه في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة اهو بالاقراء او الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق
مرتان الى ان قال فان طلقها فالزم ان الطلاق شرعا لا كذلك لانه ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فما طلاق مشروع الا ما كان مرة بعد مرة
وكان تبادر ان لا يقع شيء كما قالت الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى في غيره وهو تفويت معنى شرعية سبحانه له كذلك وهو امكان
التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوله والمشروعية في ذاته لا تنافي الحظر الى آخره على ما بينا قلنا ايضا ما قدمناه

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض زمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر رح هو يقيسها على المدخول بها

من قول ابن عباس رض للذي طلق ثلثا وجاء يسأل عصيت ربك وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلث في معصية الله وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن ابي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس رض فقال ان عمي طلق امرأته ثلثا فقال ان عمك عصى الله فاثم واطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلثا جميعا فقام غضبان فقال ايلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين اظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله الا اقتله واما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف مرح فيجب حمل ما روى عن بعض الصحابة من الطلاق انهم قالوا اثلثا للسنة وايضا ما ذكر المص من الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنياوية والادلة السمعية التي ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد الذي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد بينا ان الحاجة باطن فانبط الحكم بالحاجة على دليلها وهو الاقدام عليه في زمن الرغبة فاذا طلقها في كل طهر طلقة حكم بالحاجة الى الثلث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهي ههنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فاجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من ان الحاجة تتحقق الى فطام النفس على وجه يامن ظاهرا عروض الندم وطريق صحاح الثلث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجهناه **قوله** والمشروعية في ذاته جواب عن قوله مشروع فلا يجامع الحظر يعني ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه في ذاته ازالة الرق لما قدمنا من ان النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنياوية فجاز اثبات مشروعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستعقب الحكم مستعقبا استحقاق العقاب اذا لم يكن مسوغ للحظر الحالي كالصلوة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا احسن من قوله مشروع في ذاته الخ اذا تاملت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر وسيصرح به في وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في طلاق الحامل حيث قال فكان الاباحة بعلة الحاجة **قوله** وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة **قوله** واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل يعني اصل المبسوط وهو الكافي للحاكم ابي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادة لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذا ان ابا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب بتجويز ان يكون ابو ركانة طلق قبل الدخول او انه اخر الانكار عليه لحال اقتضت تاخيره اذ ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روي عن ابي حنيفة ان الخلع لا يكره حالة الحيض **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها وهي ان يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلثا كان عاصيا ففي التي خلا بها اولى ان تكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد في المدخول بها تثبت بتقسيمها ان يطلقها واحدة وليس غير وان يطلقها باخريين عند الطهرين ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وكانه عمم المدخول بها في التي خلا بها فانها ايضا تجب مراعاة السنة في طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذي لا جماع فيه ولا

عمرو

ناجزا

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر **قال** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات

ولان الحيض الذي قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلو اخل باحدهما لزمته المعصية وانما لزمتا لان المراعاة في تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وزمان تجددها هو الطهر الخالي عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذي جومعت فيه اما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية واما الطهر الذي جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة واما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز ان يطلقها في حال الطهر والحيض جميعا خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها بجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا امرك الله فالجواب ان الاشارة من قوله هكذا الى طلاقه الخاص الذي وقع منه فجاز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال في رواية في هذا الحديث فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها **قوله** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر اى بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وقيل سبع او كبر ان كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر او لانها ان بلغت بالسن ولم تر دما اصلا فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اى لم يحضن بعد فيما مضى لان تقلب معنى المضارع الى المضي فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها وايضا نص على ان الاشهر عدة بقوله فعدتهن ثلاثة اشهر والعدة في ذوات الحيض ليس الا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض ورشح بالاستبراء فانه في ذوات الحيض بحيضة وجعل فيمن لا تحيض بشهر فيجوز كون الاقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف الى كل حيضة ورجح بانه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة ايام لانها اكثر الحيض المجعول عدة والحيض المجعول عدة هو الذي ينفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون مدتهما غالبا شهرا وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض تتخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحقيقها الا من مسماه وما الزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا الزم منع الطلاق في الشهر الثاني لانه في الحيض حكما مدفوع بانه مقامه في انه عدة فقط لا في ذاته وذات الشهر طهر ولا في حكم آخر الا يرى ان الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق في الشهر الثاني وهذا الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له في الفروع **قوله** ثم ان كان الطلاق في اول الشهر وهو ان يقع في اول ليلة رؤي فيها الهلال تعتبر الشهور بالاهلة اتفاقا في التفريق والعدة وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق اى في تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفي ثلثين من الطلاق الاول بل في الحادي والثلثين فما بعده لان كل شهر معتبر بثلاثين فلو طلقها في اليوم الموفي ثلثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعتبر بالايام وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله فلا تنقضي عدتها الا بمضي تسعين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة وقوله في الفتاوى الصغرى تعتبر في العدة بالاهلة بالاجماع يخالف نقل الخلاف **قوله** وهي مسئلة الاجارات يعني اذا استاجر ثلاثة اشهر في راس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا نقصت او كانت كاملة وان استاجرها في اثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه اسهل وليس بشيء ووجهه بان الاصل في الاشهر الاهلة فلا يعدل عنها الا لضرورة وهي مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن ان يقول ذلك في الاشهر العربية وهي المسماة بالاسماء وهو لم يستاجر بجمادين ورجب ثلاثة اشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة ومن ثم فلا بد من تعيين لانه لما لم يلزم من مسمى لفظ الاهلة صار معناه ثلاثة اشهر من هذا اليوم

قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطئ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان الرغبة فصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لكونه غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتدة طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتدة طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل

فلا ينقضي هذا الشهر حتى يدخل في آخر الايام ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك في الثلاثة **قوله** ويجوز ان يطلقها اي يطلق التي لا تحيض من صغر او كبر ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وبه قالت الائمة الثلاثة وقال زفر رحمه الله يفصل بين وطئها وطلاقها بالشهر وفي المحيط قال الحلواني هذا في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له ان يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر رحمه الله ولا يخفى ان قول زفر رحمه الله ليس هو افضلية الفصل بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما اقيم مقامه وهو الشهر ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان **قوله** ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي لا تحيض من صغر او كبر والكراهية اي كراهة الطلاق في الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض او بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا كبر بل باتفاق امتداد طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ ان لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما ولما كان ظاهر ان يقال قد جعلتم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه لفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع دليل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع اجاب بقوله والرغبة الخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه بل انقطاع سبب من اسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا الا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطأ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطي فصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطتا بقي الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان للرغبة سببين عدم الوطي مدة تجدد الرغبة عنده آخرا عادة وكون الوطي غير معلق فعدم المدة فقط بالوطي القريب عدم احد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن ان يقال ينبغي ان يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قبله من التعليل بعدم توهم الحبل وادعاء ان الكراهة في ذوات الحيض باعتباره فانه تعليل بما لا اثر له لانها عقيب الطلاق متربصة على كل حال الى ان ترى الدم ثلث مرات او لا تراه فتستمر في العدة الى ان يظهر حملها ويظهر انه امتد طهرها بان لم يظهر حملها فتصير لا مرا منه فهذا الحال لا يختلف بوطئها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطئها فيه فظهر ان التعليل باشتباه وجه العدة لا اثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جومعت في الطهر وعدمه الا تجويز انها حملت او لا وهذا لا يختلف معه الحال التي ذكرنا من اعتدادها لا يقال انه على اصل الشافعي من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بعد الانفصال من الوطي يجوز الحبل وان رات الدم فلا يحكم بعدم رؤيته ثلثا الا اذا مضت مدة يظهر في مثلها الحبل فلم يظهر بل وعلى اصلنا لانا نمنع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ما تراه استحاضة فمع تجويزنا الحبل لا نتيقن بان ما راته حيض او استحاضة وهي حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لانا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطيت في الطهر الذي يليه طهر الطلاق فلو اعتبر مانعا منع الوطي فيه ايضا خصوصا في آخره والحق ان كراهة الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض لعروض الندم بظهور الحبل لمكان الولد وتبدل حاله وحاله **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وان اعتبر حاضرا ولانه زمان الرغبة في الوطي لكونه غير معلق لانه اتفق انها احبلت اذ اخذتها او سخطته فبقي امنا من غيره فرغب فيه لذلك ولمكان ولده منها لانه يتقوى به الولد فيقصد نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها الرغبة في الوطي لكل من الامرين **قوله** ويطلقها ثلثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمه الله لا يطلقها للسنة الا واحدة وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم لان الاصل في الطلاق

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشائخ والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا للضرر بتطويل العدة

أخذ وقد ورد الشرع بإحلال الثلاث مفرقا على فصول العدة في ذوات الحيض وورد بإقامة الأشهر مقام الحيض في الصغيرة والآيسة فصح الإلحاق في تفريقها على الأشهر، والشهر في حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتد طهرها وفيها لا يفرق الطلاق على الأشهر فكذا الحامل وقول محمد رحمه الله قول الأئمة الثلاثة وجه قولهما أن الإباحة لحاجة الحاجة وقد بينا أنها لا تنتفي مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم التفريق على أوقات الرغبة وهي الأطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق دليل قيامها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس إلا الحيض لأنها العدة لا الأطهار عندنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزء المؤثر بل المؤثر دليل الحاجة وشرط ذلك كونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتور لا يكون عادة إلا بعد زمان وحين رأينا الشرع فرقها على الأطهار وجعل الإيقاع أول كل طهر جائزا علمنا أنه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان إلى مثله من أول طهر يليه وذلك في الغالب شهر فأدرنا الإباحة على الشهر وعلى هذا فالتفريق على الأشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لإقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالإثبات فيها أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لأنها محل النص على تعلق جواز الإيقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو مرجو في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك وعلى هذا التقرير يسقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه فطلقوهن لعدتهن لما بينا من إفادة كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة إلى الحكم على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق وأن العدة مجموع الأقراء وإنما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما المتقدم إن من السنة أن تستقبل الطهر فيطلقها لكل قرء وأريد بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرا من غير جماع وهذا لا يلزم التفريق طريقه أن مفهوم طلقوهن أوجدوا طلاقهن لعدتهن فيستلزم عموم طلاقهن لأنه جنس مضاف وكذا عدتهن فقابل جميع طلاقهن وهو ثلاث بجميع عدتهن وجميعه يفهم واحدا حرام فكان المراد تفريقه على الأطهار أو بالتقوم مقام ما يستلزمها وهذا غير لازم لأن الفعل إنما يدل على المصدر النكرة فالمعنى أوجدوا طلاقا عليهن لعدتهن أي لاستقبال والأيضا فلفظ فصول العدة غير مذكور في النصوص إنما هو ما ذكر الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها له نسبة خاصة إليها اتفق أنه ثلثها اتفاقا فكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتها كذلك وإن لم يتفق أن نسبته بالثلث على هذا القوي بحث شمس الأئمة أن الشهر من فصول العدة الحامل غير أنا لا نعلق به إباحة الإيقاع من حيث هو فصل وجعل من حيث هو زمان تجدد فيه الرغبة عند مضيه قبله بذلك القدر من الزمان قوله وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الإمامية ونقل الخطابي عن إسماعيل بن علية من المحدثين وهذا لأن النهي عنه لمعنى في غيره يعني النهي المستفاد ضمن الأمر أي قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو المراد بالأمر في قوله صلى الله عليه وسلم ما هكذا أمرك الله وقوله وهو ما ذكرنا أي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الإيقاع عاص بإجماع الفقهاء ويستحب له أن يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر رضي الله عنهما في الصحيحين مر ابنك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع فيندفع به قول نافي الوقوع والحث على الرجعة والاستحباب المذكور إنما هو قول بعض المشائخ وحكاه عن قول محمد في الأصل ويستحب له أن يراجعها فإنه لا يستعمل في الوجوب والأصح أنه واجب كما ذكر المصنف عملا بحقيقة الأمر أن حقيقته أوجد الصيغة الطالبة على وجه الحتم واعلم أن على قول الشافعية رحمهم الله أن لفظ الأمر الذي مادته أمر مشترك بين الصيغة النادبة والموجبة حتى يصدق الندب مأمور به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب إذ لا يلزم من قوله مره أوجد الصيغة الطالبة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فإذا لم يتعين ثبت كونه مطلوبا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا أحمد رحمه الله بالاستحباب وأما عندنا فمسمى الأمر الصيغة الموجبة كما أن المصنف

قال وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الأصل وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى قال أبو الحسن الكرخي ما ذكر الطحاوي قول أبي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الأصل قولهما وجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ فتتكامل وإذا تكاملت الحيضة الثانية فالطهر الذي يليها أوان السنة فأمكن تطليقها على وجه السنة وجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه

حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها والحالة هذه مما ورد من جهة الشرع أن النبي صلى الله عليه وسلم لأنه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مر ابنك على وجوبين صريح هو الوجوب على عمر وأن أمر ضمني هو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة إليه والقائلون بالاستحباب هنا إنما يعودون على أن المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب أن ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز إيجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها إذ بقاء الأمر بقاء ما هو أثره من وجه فلا تترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله أن هذا الصالح بحثا يوجب الوجوب لكن لا يفيد أن ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع أن محمدا في الأصل إنما قال لفظا يدل على الاستحباب مرجع هذا الكلام إلى إنكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحا سوى قول بعض المشايخ بل ذلك بحث فإذا تحقق النقل اندفع وقوله والأصح كذا في عادة المصنفين لنقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير أثره مع أنه للمعصية إما لتأويلها بالعصيان أو هو للطلاق في الحيض **قوله** وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الأصل لفظ محمد فيه فإذا طهرت في حيضة أخرى راجعها وذكر الطحاوي أن له أن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها قال الشيخ أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الأصل قولهما والظاهر أن ما في الأصل قول الكل لأنه موضوع لإثبات مذهب أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه ولذا قال في الكافي إنه ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وبه قال الشافعي في المشهور ومالك وأحمد وما ذكر الطحاوي رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو وجه للشافعية وجه المذكور في الأصل وهو ظاهر المذهب لأبي حنيفة رحمه الله من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا رواه مسلم وأصحاب السنن والأولى أولى لأنها أكثر تفسيرا بالنسبة إلى هذه الرواية وأقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال ليمسكها حتى تطهر أن استحباب الرجعة أو إيجابها مقيد بذلك الحيض الذي وقع فيه وهو المفهوم من كلام الأصحاب إذا قولهم لو لم يفعل هذا الفعل حتى طهرت تقررت المعصية وأما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزى أي ليس تجزئها على حدته حكم في الشرع والأولى أن يقول ولا يمكن أن يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها إذ لا تتصور حيضة إلا الثانية فلغى بعض الأولى ووجه ما ذكره الطحاوي أن أثر الطلاق انعدم بالرجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن أبي حنيفة رواية إذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره إيقاع الثالثة وعلى هذا فرع ما لو أخذ بيدها بشهوة ثم قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة لأنه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا تقع إلا الأولى ثم في كل طهر بعد حيضة تقع أخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك إلى أبي حنيفة إنما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا إذا وقعت الرجعة بالقول أو بالمس أما إذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له أن يطلقها أخرى في هذا الطهر بالإجماع لأنه طهر جامعها فيه وإن حبلت فعند أبي يوسف وليس له أن يطلقها أخرى حتى يمضي لوقت الطلاق شهر وعند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله له أن يطلقها لأن العدة الأولى سقطت بالطلاق عقيب الجماع في الطهر إنما يحل لاشتباه أمر العدة عليها وذلك لا يوجد إذا حبلت وظهر الحبل هذا في تخلل الرجعة فأما لو تخلل النكاح بأن كان الأول بائنا فتزوجها لا يكره الطلاق الثاني اتفاقا وقيل في تخلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقا والأوجه أنه على اختلاف الرواية عنه

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث

قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة فان نوى ذلك فالظاهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر اخرى وان كان جامعها لم يقع شيء حتى تحيض ثم تطهر وعند الشافعي يقع الثلث للحال لانه لا بدعة عنده ولا سنة في العدد ولو كانت من ذوات الاشهر او لو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وان كانت حائضا ثم لا يقع شيء الا ان يتزوجها مرة اخرى فتقع الثانية فان تزوجها ايضا وقعت الثالثة ووجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر واما تعليل المصنف بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ ثلثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق بما هي حيثية سنة الطلاق وهو السني وقتا فرح فوقوعا ثلثا في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ما قررناه الا ان يصرفه عن هذا نيته فان اراد الثلث حيث يصح خلافا لزفر قال لانه بدعة ضد السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا اي وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل اي لاجل السنة التي اوجبت وقوع الثلث بخلاف ما لو صرح بالاوقات فقال انت طالق ثلثا اوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في مثاله للوقت اظهر منها للتعليل فينصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ اوقات وكذا اذا نوى ان يقع عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند راس الشهر حائضا او طاهرة لان راس الشهر اما ان يكون زمان حيضها او طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنية الثلث عند راس كل شهر مع العلم بان راس الشهر قد يكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا او وقوعا فقط **قوله** وان كانت اي المرأة التي قال لها انت طالق ثلثا للسنة آيسة او من ذوات الاشهر التي هي فصول العدة عندهم فتناول المال عند ابي حنيفة وابي يوسف وقعت للساعة واحدة وبعد كل شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا من ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض **قوله** فان نوى ان تقع الساعة ثلث وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا من انه سني وقوعا فيصح منويا ولقائل ان يقول ينبغي ان يقع الثلث في الحال متتابعة لان هذه يجوز ان يطلقها عقيب جماعها فكان كل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما وجهتم به ذلك هو ان الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلث في الوقوع كما لو [illegible] وقال انت طالق ثلثا للسنة على ما مر عن ابي حنيفة حيث يقع الثلث متتالية لان وقت كل واقع منها وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب ان لا يختص حل طلاقها ثلثا بطلقات متفرقة في ان يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته ان يكون اولى فينعطف هذا البحث على ما تقدم ايضا **قوله** بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة اي اذا قال انت طالق للسنة ولم يذكر ثلثا وقعت واحدة في الحال ان كانت في طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها او حائضا لم يقع شيء حتى تطهر فيقع واحدة ولان اللام فيه للاختصاص اي الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى في اوقات طلاق السنة ومن ضرورة وقوع الطلاق في كل وقت منها وهي متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلثا جملة اختلف فيه فذهب المتقدمون [illegible] فخر الاسلام [illegible] والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى انه لا يصح وانما يقع به واحدة في الحال وذهب القاضي ابو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام الى انه يصح فيقع ثلث جملة كما يقع مفرقا على الاطهار لان السنة يحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما لو صرح بلفظ الثلث وحققه بعضهم بان تطليقة الحنفية [illegible] سنية وبدعية [illegible] وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن احدهما [illegible] فايهما نوى صح فاذا نوى البدعي صح لانه يحتمل

وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع

المغلوب على عقله لضعفه وروى ابن ابي شيبة باسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يجوز طلاق الصبي وروى ايضا عن علي رضي الله عنه كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخاري ايضا عن علي رضي الله عنه مصرحا بجوازه بمنا النفاذ وروى البخاري ايضا عن عثمان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا سكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له اهلية التصرف وادناها بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل الا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فيتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا ينبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمظان الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر تجويز طلاق الصبي ومراده العاقل ومثله عن الامام احمد رحمه الله والله اعلم بصحة هذه النقول **قوله** وطلاق المكره واقع وبه قال الشعبي والنخعي والثوري خلافا للشافعي رحمه الله وبقوله قال مالك واحمد رحمهم الله فيما اذا كان الاكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروي عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه غير انه محمول على اختياره ذلك ولا تاثير لهذا في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا تاثير للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضاء وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم احكام الدنيا واحكام الآخرة بل اما حكم الدنيا واما حكم الآخرة والاجماع على ان حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد فلا يراد الآخر معه والا عم وروى محمد رحمه الله باسناده عن صفوان بن عمر الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وروى ايضا عن عمر رضي الله عنه انه قال اربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة واما الوجه القائل الاكراه لا يزيل الخطاب فيما اكره فيه حتى يباح مرة ويفترض اخرى ويحرم اخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتيب حكم ما حل او وجب الاقدام عليه فلما كان متلفظا او لا يلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الاكراه احكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعها السمل حفظها في قوله يصح مع الاكراه عتق ورجعة ÷ نكاح وايلاء طلاق مفارق ÷ وفيء ظهار واليمين ونذر ÷ وعفو لقتل شاب عنه مفارق وهذا في الاكراه على غير الاسلام والا فبالاكراه على الاسلام تتم احد عشر لان الاسلام يصح معه **قوله** وطلاق السكران واقع وكذا اعتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وما في بعض النسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس مذهبا لاصحابنا لانه اذا قال نويت به او ذكر كناية من الكنايات مثل انت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكر الذي يصح به التصرفات

ولختيار الكرخي والطحاوي رحمه الله انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه

ان يصيره كحال حسن ما يستقبحه الناس ويستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المراة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي في الاصح واحمد في رواية وقال بعدمه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وابو ثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان رض وروي عن ابن عباس رض وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه ان قوام ما يصح التصرف معه وان كان حكمه ما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح او مظنته وليس له ذلك فهو اسوأ حالا من النائم لانه اذا اوقظ يستيقظ بخلاف السكران وصار كزواله بالبنج والدواء وهو الافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا اثر له والا لصحت ردته ولا تصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم فرعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله باكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فافتى المزني بحرمتها وافتى اسد بن عمرو بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شأنها فيهم فلما ظهر من امرها من الفساد كثيرا وفشى عاد مشايخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها فادرنا عليه واعتبرنا اقواله وبهذا الوجه من الجانبين يفيد ان الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل الى آخره وبه يبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييز الرجل من المراة والعجب ما صرح به في بعض العبارات من ان معه من العقل ما يقوم به التكليف اذ لا شك ان على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص وان كان قبل سكره فيستلزم ان يكون مخاطبا في حال سكره اذ لا يقال اذا جننت فلا تفعل كذا وبدلالة النصوص والاجماع فانه لما الحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحد والقصاص حتى حد وقتل اذا قذف او قتل فان الحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق اولى وانما لم يعتبر اقراره بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجب رجوعا عما اقر به عقيبه وعدم صحة ردته لان صريح النص ما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو اثبتناه في اصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب الكفارة التشديد فيما يوجبه لان الكفارة والحالة هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط في الاكفار بل يحتاط في عدمه ولان ركنها الاعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم اكفار الهازل لانه ايضا لا يعتقد ما قاله من الكفر بل انما اوقع الكفارة لانا نقول اكفاره بالاستخفاف بالدين لا الاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لان زوال العقل الموصف بانه مستخف بشيء وفي جعل الفقه لان بقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل تقتضي بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وادخال الآفة ينبغي ان يقول يقع فان عبد العزيز الترمذي قال سألت ابا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى راسه فطلق امراته قال ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امراته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الصورة صورة معصية وكان محمل هذا ما قلنا وعن هذا قلنا اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة للصداع للقطع بان ترك الا يصل الى المعلول الا بغيرها ولو سلمنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل قد يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة

وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان

في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد مبنى الترخص تام فيضاف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال من حيث تعلق التشديد لاضافة زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا الوجه بهما مكرها او لاساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الائمة الثلث وبه قال بعض مشايخنا وفخر الاسلام وكثير منهم على انه يقع لان عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول احسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب في زواله بسبب محظور وهو منتف والحاصل ان السكر بسبب مباح كمن اكره على شرب الخمر والاشربة الاربعة المحرمة او اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها مختارا اعتبرت عباراته واما من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد ويفتى بقول محمد لان السكر من كل شراب محرم **قوله** وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فكانت كالعبارة في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وعتاقه سواء قدر على الكتابة او لا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك ادى الى موته جوعا وعريا ثم رأينا الشرع اعتبر ما منه في العبادات الا يرى انه اذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا كذا في المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لاندفاع الضرورة بما هو ادل على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاقه الاشارة المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا لما اجمله الاخرس وتحصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والاخرس فيها كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو والصحيح في الكتاب سواء وسنفصله ان شاء الله تعالى في موضعه لكنايات الطلاق **قوله** وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي ومالك واحمد الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه بتطليقتين وان كان هو حرا وهي امة لا تحرم عليه الا بثلث ونقل ان الشافعي لما قال عيسى بن ابان له ايها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت اوقع اخرى فلما اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة وبقول الشافعي قال مالك واحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما له ما روي عنه صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما واعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا ما قوبل به تحقيقا للمقابلة فانتفى ان يراد به الايقاع بالرجال لانه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن وفي موطأ مالك ان نفيعا مكاتبا لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم او عبدا كان تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم اراد ان يراجعها فامره ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ان يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت بخلاف ما رواه وما مهد من معنى المقابلة لانه فرع صحة الحديث او حسنه ولا يوجد له حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف وقال الحافظ ابو الفرج بن الجوزي هو موقوف على ابن عباس رضي الله عنهما وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطأ موقوف عليه وعلى عثمان رضي الله عنه وهو لا يرى تقليد الصحابي رضي الله عنه والالزام انما يكون بعد الاستدلال لان حقيقته نقض مذهب الخصم بما لا يعتقده الملزم صحيحا لا يكون نقض مذهب خصمه فقط لا يوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون الا

تقوم نعمة بمجرد المحرم

ولأن حل المحلية نعمة في حقها وللرق أثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان وتأويل ما روى ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة باذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا

اذا كان المتفرد بما يعتقده صحيحا ابو حنيفة عنده في مذهب الصحابي فهو في معتقده غير منقوض فلم يثبت للمذهب دليل لتقادم ما بينا فان ثبت قد ضعف ايضا ما رويتم بان رواية مظاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا اولا التضعيف من بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو ظاهر وتسليم وثانيا ان ذلك التضعيف ضعيف قال ابن عدي اخرج له حديثا آخر عن المقبري عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة من آخر آل عمران وكذا رواه الطبراني ثم منهم من ضعفه عن ابي عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وابي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه ابن حبان واخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس ثم قال ومظاهر شيخ من اهل البصرة ولم يذكره احد من متقدمي مشايخنا بجرح فاذن ان لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا ومما يصحح الحديث ايضا عمل العلماء على وفقه قال الترمذي عقيب روايته حديث غريب والعمل عليه عند اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده انتهى والله اعلم **قوله** ولان حل المحلية نعمة تتحد بزيادتها لذا اتسع حله صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله وللرق اثر في تنصيف النعم في الشرع كما عرف الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان يعني يلزم لتنصيف النعم ان تتزوج حرا مرة ونصفا عقيب طلاقه اياها لكن العقدة لا تتجزى فكملت كالطلقة والحيضة في حقها ثم لو تم امر ما رواه كان المراد به ان قيام الطلاق بالرجال لانها لو كان احتمالا للفظ مساويا للذي ذكرنا ونبأنه فكيف وهو المتبادر الى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال **قوله** واذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح يثبت للعبد لان ملكه من خصائص الآدمية وهو فيها مبقى على اصل الحرية الا انه يحتاج في ابتداء تملكه اياه الى اذن المولى لانه لم يشرع بلا مال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث لو تعذر فيه في ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على رضاه به والتزامه اياه فاذا التزمه حتى ثبت له الملك كان اليه رفعه لا الى غيره وفي سنن ابن ماجه من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني امته وهو يريد ان يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا ايها الناس ما بال احدكم يزوج عبده من امته ثم يريد ان يفرق بينهما انما الطلاق لمن اخذ بالساق رواه الدارقطني ايضا من غير ما وجه والله اعلم **فروع** الوكيل بالطلاق اذا لم يكن بمال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا او رجعيا فللوكيل ان يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة واذا انقضت عدتها ينعزل حتى لو تزوجها الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله اعلم بالصواب

باب ايقاع الطلاق ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه واقسامه الاولية السني والبدعي واعطاء بعض احكام تلك الكليات وهذا الباب لبيان احكام جزئيات لتلك الكليات فان المورد فيه خصوص الفاظ كانت طالق ومطلقة وطلاق لاعطاء احكامها كذا او مضافة الى بعض المرأة واعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي فنزل منزلة التفصيل يعقب الاجمال لا خفاء ان المراد بباب بيان احكام بابه الايقاع والوقوع لان اراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له فارجا **قوله** فالصريح قوله انت طالق الى آخره ظاهر الحال يفيد ان لا صريح سوى ذلك وليس كذلك فسيذكر منه التعليق بالمصدر ولفظ الكنز كانت طالق ومطلقة وطلقتك احسن لاشعار الكاف بعدم الحصر على هذا لا يصح ضبط الصريح بانه ما اجتمع فيه ط ل ق بصيغة التفعيل لا الافعال الا ان يقال الوقوع بالمصدر لتأويله بطالق **قوله** فكان صريحا فان ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة او مجازا صريح فان لم يستعمل في غيره فاولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الالفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق دون

وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

غير الا ان في قوله في تعليل عدم افتقاره الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لان الموصوف بالغلبة هنا هو الاستعمال وحقيقته تستلزم عدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا قلنا المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لا استعمالهما شرعا مرادا هو بهما **قوله** وانه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكمين كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية اما الاول فمقيد بما اذا لم يعرض عارض تسمية مال او ذكر وصف على ما سيأتي وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله والمطلقات يتربصن فعلم ان الصريح يستعقبها للاجماع على ان المراد بالبعولة في الآية الكريمة المطلقون صريحا حقيقة كان او مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا بعلا حقيقة فلا حاجة الى اثباته في ذلك واما قولهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ثم ايراد ان حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا الا مجازا او جعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو باولى من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك بل يقال ايضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بمتعلق الملك على معنى منع السبب من تاثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط للبائع فان معناه رد المبيع عن ان يخرج عن ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا بعد تاثير السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب يعني الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث آخر على ان كونه في الاول حقيقة مما منعه الخصم ويدل عليه ايضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان فانه اعقبه الرجعة التي هي المراد بالامساك وهو الانسب بقول المصر وانه يعقب الرجعة بالنص وذلك لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل يدل على ابقاء النكاح بعد الرجعي فهو المطلوب لآخر واما الثاني وهو كونه لا يفتقر الى النية فنقل فيه اجماع الفقهاء الا داود ولانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا احتمال بعيد لا خطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث امره بالمراجعة ولم يسأله انوى ام لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال في وقائع الاحوال كالعموم في المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة اطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية ابعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيئا اصلا يقع لانه يقع وان نوى شيئا آخر لما ذكر انه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل في رواية كما سيذكر ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما لمعناه او النسبة الى الغائبة كما يفيده **فروع** من تلك لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول انت طالق ولا ينوي لا تطلق وفي متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم توقف وكتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال لقوم تعلمت ذكرا بالفارسية فقولوه معي فقال زن من اليسه طلاق فقالوه لم يحكم بالحرمة عليهم وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيئا آخر كذا نقل من فتاوى المنصور وما في الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسي من فلان بالعربية ولم تعرف معناه وقبلت بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه او لا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضي عدم الخلاف في الوقوع في مسئلة الذكر وفيها في الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل واقع وطلاق الرجل الذي اراد ان يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع وفي النسفي فقال ابو حنيفة رح لا يجوز الغلط في الطلاق وهو ما اذا اراد ان يقول اسقني فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين وقال ابو يوسف رح لا يجوز الغلط فيهما وفي الزيادة ايضا قالت لزوجها اقرأ على عددي انت طالق ثلثا ففعل طلقت ثلثا في القضاء لا فيما بينه

لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين
في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء
ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة رح انه
يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء

وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم ينوه هذا يوافق ما في المنصوري ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسألة التلقين بالعربية الذي لا يعلم
من الشرع ان لا يقع الا بالقصد لفظ الطلاق عند الله وقوله فيمن سبق لسانه لا يقع اي في القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالعتاق يدين بخلاف
الهازل لانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ وسنذكر في انت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع انه اصرح صريح في
الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني للفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل انه اذا قصد السبب عالما بانه سبب
رتب الشرع حكمه عليه اراده او لم يرده الا ان اراد ما يحتمله واما انه اذا لم يقصده او لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم
اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم وفسر بامرين ان يحلف على امر يظنه كما قال مع انه قاصد
للسبب عالم بحكمه فالغاه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر ان يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله بلى والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده
اليه فهذا تشريع لعباده ان لا يرتبوا الاحكام على الاشياء التي لم تقصد وكيف لا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه فانما لا يصدقه
غير العليم وهو القاضي في الحاوي معزوا الى الجامع الاصغر ان اسدا سئل عمن اراد ان يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على ايهما يقع الطلاق
فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما اما التي سماها فلانه لم يردها واما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية
فهذا صريح واما ما روي عن نصير من ان من اراد ان يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه **قوله** وكذا اذا نوى الابانة اي
بالصريح يقع رجعيا بلا نية لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف او سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك فيرد عليه لانه اذا استعجل ما اخره الشرع يرد كحرمان الوارث بالقتل لاستعجاله فيه **قوله**
ولو نوى الطلاق اي بقوله انت طالق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر الا ان يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله
ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون
يحتمل اللفظ وعن ابي حنيفة رح يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخلص فكانه قال انت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال طالق من هذا العمل
صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه لما قال انه طالق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه
قليلا وكل ما يدينه القاضي اذا سمعته منه المراة او شهد به عندها عدل لا يسعها ان تدينه لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر **قوله**
ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها اي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه اي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في
الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية **فرع** ولو قال لها يا مطلقة بالتشديد او يا طالق وقع ولو قال اردت الشتم لم
يصدق لان النداء استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذا كان يمكنه اثباته بذلك اللفظ بخلاف يا ابني لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال اردت
ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية ابي سليمن وهو حسن وينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقا ثم ناداها لا تطلق
وقد روى وكيع عن ابن ابي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن خيثمة بن عبد الرحمن ان امراة قالت لزوجها سمني فسماها الظبية فقالت ما قلت شيئا فقال
هات ما اسميك فقالت سمني خلية طالق قال فانت خلية طالق فجاءت عمر فقالت ان زوجي طلقني فجاء زوجها فقص القصة فاوجع عمر راسها وقال خذ بيدها واوجع
راسها ولو قال طلقتك من ... كاذبا كان طلاقا في القضاء ولو قال فلانة طالق ولم يسمها ونسبها الى ابيها او امها او اختها او ولدها وامراته بذلك الاسم والنسب

لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا

فقال عنيت أخرى بجنبه لا يصدق في القضاء بخلاف الاقرار لفلان بن فلان اذا ادعى من ذلك اسمه ونسبه لا يلزمه الا ببيان ويكلف ان له عليه هذا المال لا امره فلان
بن فلان ثم لو قال هذه المرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها فلم يصدق في ابطال الطلاق عن المعروفة الا ان اشهد الشهود على نكاحها
قبل ان يتكلم بالطلاق او على اقراره به قبل ذلك او تصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال امرأتي فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق
امرأته الا بالنية وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال ان خرجت من البلدة قبل ان اقضيك فامرأتي فلانة طالق وسمى امرأة غيرها لا تطلق اذا خرج قبله ولو
قال لاحدى نسائه يا زينب فاجابته زوجته عمرة فقال انت طالق طلقت المجيبة ولو قال انت يا زينب طلقت هذه بالاشارة وتلك بالاقرار هذا في القضاء اما
فيما بينه وبين الله تعالى فانما يقع على التي قصدها ذكره في البدائع ولو قال انت زينب فقالت عمرة نعم فقال اذن انت طالق لا تطلق ولو قال عليك الطلاق
او لك اعتبرت النية ولو قال قولي انا طالق لا تطلق حتى تقوله ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح احدهما فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت
التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال احدكما او احدى امرأتي طالق ويقع بالتهجي ت ا ل ق وكذا لو قيل له طلقتها فقال ن ع م
اذا نوى صرح بقيد النية في البدائع ولا يقع باطلقك الا اذا غلب في الحال ولو قالت انا طالق فقال نعم طلقت ولو قال في جواب طلقني لا تطلق وان
نوى ولو قيل له الست طلقتها فقال بلى طلقت او نعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فان اهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما ايجاب المنفي ولو قال
خذي طلاقك فقالت اخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلقتك بعد اطلقها في النوازل مرة ثم اعاده او شرط النية وهو الحق
واما المصحف فهو خمسة الفاظ تلاق وتلاغ وطلاغ وطلاك وتلاك ويقع به في القضاء ولا يصدق الا اذا اشهد على ذلك قبل التكلم بان قال امرأتي تطلب
مني الطلاق وانا لا اطلق فاقول هذا ويصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق اولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى
ولو قال نساء اهل الدنيا او الري طوالق وهو من اهل الري لا تطلق امرأته الا ان نواها رواه هشام عن ابي يوسف ره وعليه الفتوى وعن محمد ره روايتان
ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الاصح وفي نساء اهل السكة او الدار وهو من اهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق ونساء اهل القرية منهم من الحقها
بالدار ومنهم من الحقها بالمصر ولو قال طلاقك علي يقع ولو زاد فرض او واجب او لازم او ثابت قيل تطلق رجعية نوى او لا وقيل لا يقع وان نوى
وقيل في قول ابي حنيفة ره يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل في قول ابي يوسف ره يرجع في ذلك كله الى نيته وقيل يقع في واجب
للتعارف وفي الثلاثة لا يقع وان نوى لعدم التعارف وفي الفتاوى الكبرى للخاصي المختار انه يقع في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا او ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت
الا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق وهذا يفيد ان ثبوته اقتضاء ولا يتوقف على نيته الا ان يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما
بينه وبين الله تعالى ان قصده وقع والا فانه قد يقال هذا الامر علي واجب بمعنى ينبغي ان افعله لا اني فعلته فكانه قال ينبغي ان اطلقك قد تعورف في عرفنا
في الحلف الطلاق يلزمني لا افعل كذا يريد ان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب ان يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت فانت طالق وكذا تعارف اهل
الارياف الحلف بقوله علي الطلاق لا افعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لانه ترخيم وهو غلط اذ الترخيم اختيارا في النداء وفي غيره انما يقع اضطرارا في الشعر
ولو قال انت بثلاث وقعت ثلاث ان نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم انو لا يصدق اذا كان في حال مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد والا صدق
ومثله بالفارسية تو بسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال انت اطلق من فلانة وفلانة مطلقة او غير مطلقة فان عنى به الطلاق وقع والا
فلا اذ نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لاجل فلانة لان افعل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما اذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته

قال ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رح يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا

ولو قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث

فيقال لها ذلك فانه يقع وان لم ينو وكذا لو قال انت اذني من قرنك لا يحد لانه ليس صريحا في القذف وعن محمد رح فيمن قال لامرأته كوني طالقا او اطلقي يقع لان قوله كوني ليس امرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس ثمة امر بل كناية عن التكوين فكونها طالقا يقتضي ايقاعا قبل فيتضمن ايقاعا سابقا وكذا قوله اطلقي ومثله لامته كوني حرة **قوله** ولا يقع به اي بالصريح المقيد بالفاظ المتقدمة انت طالق ومطلقة وطلقتك الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك لان الصريح مطلقا ان منه المصدر وبه يقع الثلث بالنية وقال الشافعي رح يقع ما نوى لا للتطليق وهو قول الائمة الثلثة وزفر وقول ابي حنيفة رح الاول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر الطلاق لان الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو محتمله اتفاقا ولهذا اي ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير صح قران العدد به تفسيرا حتى ينتصب على التمييز وحاصل التمييز ليس الا تعيين احد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة انه اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتي البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه ايضا اذا صح نية الثلث بقوله انت بائن وهو كناية ففي الصريح الاقوى اولى **قوله** ولنا انه نعت فرد قيل غير مستقيم لان الكلام ليس في المرأة الموصوفة انها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه وجوابه لا نمنع احتمال العدد بجنسيته وتحرير التقرير ان انت طالق اذا اريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بالانطلاق من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن ان الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فاما ان يكون اثبته اقتضاء تصحيحا للاخبار فلا يتجاوز الواحدة اذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك او نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لا يصار اليه الا بموجب نقل وهو منتف لان جعله موقعا لا يستلزم نقله لان اثباته اقتضاء يحصل المقصود ويتعرض بالقطع بتخلف الخبار لازم الاخبار اذ لا يفهم من انت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل ينتقض بقيل اخبار من جهة انشاء من جهة بل هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن ان يقال بعد تسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم انه انما نقله لانشاء ايقاع الواحدة فجعله قياسا ما منا الاستعمال في غير المنقول اليه الا ان ينقل ان الشارع نقله لما هو اعم وليس فلا يراد به وملاحظة بانه يصح ان يراد به المصدر كما ذكرتم انما يتفرع عن ارادة الاستعمال اللغوي ونقله الى الانشاء يناسبه لانه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على ان المصدر الذي دل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد اصلا بل يختلف بالكيفية وبين البينونة والرجعة شرعا وبالاولى الكمية ومع يتفق كلامهم هنا وفي البيع حيث جعل المصدر بعت انشاء حيث قال ان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلث في مطلقة وطلقتك لانه صار انشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلثا لا يكون الا صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره اي طلاقا اي تطليقا ثلثا كما ينتصب في الفعل مصدر غيره مثل انبتكم من الارض نباتا او يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقتها وطلقي نفسك لان المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح ارادته منه لانه لا نقل فيه الى ايقاع واحدة بهذا نقض لطالق طلاقا فانه يصح ارادة الثلث على ارادة ما انتصب به هو المصدر تطليقا يدفع بان طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فصح ان يراد به الثلث على ارادة التطليق به وهو الفعل محذوف تقديره طالق لاني طلقتك تطليقا ثلثا بقي انه يرد ارادة الثلث بانت الطلاق وهو صفة المرأة والجواب انه اذا نوى الثلث كان المعنى انت ذات وقع عليك التطليق فيصح نية الثلث ونوقض بانه لم لا يجوز في طالق عند ارادة الثلث ان يراد انت ذات وقع عليك التطليق وجاز في المصدر وقد يدفع بانه لو اريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفاعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ما ذكرت انه لو صح ان يراد اسم المفعول

ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى اما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان للمصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان فى حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى فى الفاظ الوحدان وذلك بالفردية والجنسية والمثنى بمعزل منهما

صحت ارادة الثلث والغرض ان صريح اسم المفعول كانت مطلقة لا تقبل نية الثلث فكيف بما ليس بصريح والجواب ان الذى تقبله هو اسم المفعول المنقول للانشاء على ما قررنا الجواب به والذى يراد بطالق ليس للانشاء فقابل ويدل على انه لا يراد بطالق الثلث حديث ابن عمر رضى الله عنهما حين طلق امرأته فى الحيض فلم يستفسره النبى صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلث لاستفسره ويدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد فى سنن ابى داود انه طلق امرأته البتة فقال صلى الله عليه وسلم ما اردت قال والله ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يلزم فلم يحتمل حتى يستفسر عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل لحقائقها لا انها يراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يسئله كما لم يسئل ابن عمر ولكونها عوامل لحقائقها احتملت فسئله وانما احتملت حقائقها اعنى معنى البينونة التى تفيده البتة مثلا كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصح ان يراد كل من النوعين غير انه اذا لم يكن له نية ثبت الاخف للتيقن **قوله** ووقوع الطلاق باللفظة الثانية يعنى طالق الطلاق والثالثة يعنى طالق طلاقا وما فى الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلث بطالق طلاقا ان لم يكن بالمصدر وبنحو طالق فى حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان لو اوقع بنحو العدد لا بالنية كل فانه يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان اخرى وهو باطل فى الحرة لما عرف وهذا العودى لمروى عن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يقع به الا واحدة وان نوى الثلث ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية اذ لم يذكر الا فى المنار **قوله** اما وقوعه باللفظة الاولى وهى الطلاق فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل فصار كقوله انت طالق ويرد انه اذا اريد به طالق يلزم ان لا تصح فيه نية الثلث وسنذكر جوابه **قوله** لا يحتاج فيه الى النية اى فى انت الطلاق الى نية لانه صريح فى غلبة الاستعمال المنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم يغلب استعماله فيه قول المصر لغلبة الاستعمال لا يفيد لان الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا فى طالق الصريح فيثبت له حكم طالق ايقالا فيلزم فى سائر الكنايات انها صريح لانا نمنع انها مستعملة فى الطلاق بل فى معانيها الحقيقية على ما سيتحقق ولذا وقع بها البائن فان قيل فكيف يقع الثلث وقد اريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح فى طالق ويحتمل ان يراد على حذف مضاف اى ذات طلاق فعلى هذا التقدير تصح ارادة الثلث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا اوجه انشاء الله تعالى الا يحتمل انه وان اريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة الثلث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا ذاته التى هى هواء مصعوط فاذا فرض ان معناه الذى اريد به ليس الا ما لا يصح ارادته منه فكيف يراد به ذلك الذى لا يصح ويمكن ان يراد به انها عين الطلاق ادعاء تصح معه ايضا ارادة الثلث وعليه قول الخنساء فانما هى اقبال وادبار يعنى الناقة لا على ان المراد مقبلة مدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا يصح خلافا لزفر الا ان تكون المرأة امة لهما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلث قلنا نية الثلث لم يصح باعتبار انه كثير بل باعتبار انها فرد حكمى انه عام معنى واحد بخلاف الثنتين فى الحرة لانه عدد محض والفاظ الوحدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد وهو بالفردية الحقيقية والجنسية والمثنى بمعزل عنهما وقد ذكر الطحاوى انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة واما المحلى فيقع به الثلث قال الجصاص هذه التفرقة لا يعرف لها وجه الا على الرواية التى رويت عن ابى حنيفة رحمه الله فى انت طالق طلاقا ان تكون واحدة وان نوى ثلثا لان المصدر ذكر لتاكيد الايقاع اما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفى المغنى لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى ابى يوسف ما قول القاضى الامام فيمن قال المرتسه فان ترفقى يا هند فالرفق ايمن وان تخرقى يا هند فالخرق اشام فانت طلاق والطلاق عزيمة ثلث ومن تخرق اعق واظلم

ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق او عنقك طالق او رأسك طالق او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرها قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان

فقال ابو يوسف هذه مسألة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها فاتى الكسائي فسأله فاجاب عنها بما سنذكره وهو بعيد كونه غلطا بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية واساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله اهل الثبت من هذه المسألة عمن قرأ الفتوى على وجه اخر خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف رحمه الله اصلا ولا للرشيد ولمقام ابي يوسف رحمه الله اجل من ان يحتاج في مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد رحمه الله بفتوى فدفعها الى فقرأتها عليه فقال ما قول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن وان تخرقي يا هند فالخرق اشأم فانت طلاق والطلاق عزيمة ثلث ومن يخرق اعق واظلم فماذا يقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلاثا منصوبا يقع ثلث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء كلام فيبقى قوله انت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلاثا منصوبا على معنى البدل والتفسير فيقع به ثلث كانه قال انت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلث تفسير الواقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة اما الرفع فلان ال في الطلاق اما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل اي المعتد به واما للعهد الذكري اي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلث فعلى العهدية يقع الثلث وعلى الجنسية واحدة واما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلث اذ المعنى فانت طالق ثلاثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فانما يقع ما نواه هذا ما يقتضيه اللفظ واما الذي اراده الشاعر فالثلث لانه قال بعده فبيني بها ان كنت غير رفيقة وما لامرئ بعد الثلث مقدم انتهى وتخرقي بضم الراء مضارع اخرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ولا يخفى ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا واما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقي كما ذكر بقي ان يراد مجاز الجنس فيقع واحدة او العهد الذكري وهو اظهر الاحتمالين فيقع الثلث ولهذا ظهر من الشاعر انه اراده كما افاده البيت الاخير فجواب محمد رحمه الله بناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال **قوله** لو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق تقدم انه اذا اراد بطالق طلاقا وبالطلاق ثنتين لا يصح فافاد هنا انه لو ارادهما بالتوزيع صح ووجهه بقوله لان كلا منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها وهذا منقول عن ابي يوسف والفقيه ابي جعفر وشمس الائمة فخر الاسلام لان طالقا نعت وطلاقا مصدر فلا يقع الا واحدة وكذا في انت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا في النصب لا يدفع بعد صلاحية اللفظ للتعدد وصحة الارادة به الا بهدار لزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهر ان الاولى في التشبيه ان يقال فصار كقوله انت طالق طالق وطلاق وان صح الآخر من جهة المعنى **قوله** وان اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع ومثل المضاف الى الجملة بقوله انت طالق ومثل المضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى ان الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ انت ورقبتك الخ والتحقيق ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع او بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو احد الاقوال في انت انه برمته ضمير او التاء وان عماد وان واللواحق حروف تدل على خصوص المراد **قوله** او يقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او رأسك او وجهك هذه امثلة ما يعبر به عن كل الانسان وذكر استعمالاتها فيها واما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا وابعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما اخرجه ابن عدي

راس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية فانه يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

في الكامل عن ابن عباس رض قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج ان يركبن السروج وضعفه اي لفظ ذوات الفروج من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل **قوله** راس القوم اي كبيرهم ويا وجه العرب يعني يا وجيههم وبه يندفع ما اورد ان الاستدلال به فاسد لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الراس منه لا ان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لانه عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا ايها العرب انتهى ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتالم بعضهم لتالم البعض فاثبت له الوجه ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كونه مجاز استعارة تحقيقية شبه الرجل بالراس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فاطلق عليه راس القوم ووجههم اي اشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك اي ذاته الكريمة واعتق راسا وراسين من الرقيق وانا بخير ما دام راسك سالما يقال مرادا به الذات ايضا **قوله** ومن هذا القبيل الدم يعني في رواية يطلق ويراد به الكل وهي رواية كتاب الكفالة قال لو كفل بدمه يصح ورواية كتاب العتق لا يصح فانه قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع **قوله** وكذلك ان طلق جزءا شائعا يعني يقع عليها كنصفها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة **قوله** ولو قال يدك طالق او رجلك وهذا يقابل معنى الاول اي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدبر لا يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من اسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر او آلى او اعتق اصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا العفو عن القصاص وما كان من اسباب الحل كالنكاح لا يصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف **قوله** لهما حاصله قياس مركب نتيجة الاول انه اي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فيجعل صغرى ويضم اليها وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع **قوله** ولنا الخ حاصله منع محليته للطلاق بمنع كونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وامرها به معه الى تسليمها نفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح اولا ثم يثبت الحل تبعا له حكما لها الحكم والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون رفعه من يرفع ذلك ويرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من اجزائها المعينة لان المنع خطابه الامر يتعلق بالاجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في ذلك فلا يتعلق
بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الراس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لو قال الزوج عنيت الراس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد ان يقال لا يقع لكن ينبغي ان يكون ذلك بمسمى
فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبتها لما اراد عرفا ما لا

واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلث تطليقة كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف تكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فتكاملت وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا

في قوله تعالى ذلك بما قدمت يداك اي قدمت وقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده وتعارف قوم التعبير بها عن الكل يقع بالاضافة اليها لان الطلاق مبني على العرف كذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ولا مناقشة في هذا انما الخلاف في ان ما يكون بتبدل يكون محلا لاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل فاما على مجازه في الكل فلا اشكال انه يقع يدا كان او رجلا لعدم كونه مستعملا لغة او عرفا **قوله** واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن ولذا لو قال ظهرك علي او بطنك كظهر امي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى الظهر مقحم فيه اما لو كان فيهما عرف في ارادة الكل بهما ينبغي ان يقع ولذا لا يقع بالاضافة الى البضع وفي بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلواني تصحيف انما هو بضعك او ذهب مقام وفي الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندي فيه نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لان البضع بمعنى الفرج ايضا ولا يقع في الفرج دون البضع بجواز تعارف احدهما في الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك بل الان حقيقة الكلام ان يقال يقع بالاضافة الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا يتصور التعبير به او قد يقال على المقرن كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب ان لا يقع بالاضافة الى الفرج او وقوع استعماله من بعض اهل اللسان فيجب ان لا يتأتى الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه وايضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذ لم يشترط في الوقوع به النية او الصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك **قوله** وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت تطليقة وكذا الجواب في كل جزء سماه كالثمن او قال جزء من الف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لا يقع به لان بعض الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفى ان المراد بغيره ما ليس اياه والا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل وتصرفه ما امكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن المذكور لا يتجزى كان ذكره كله تصحيحا كالعفو **قوله** ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة وقيل ينبغي ان لا تقع الثالثة لان في ايقاعها شكا لان ثلثة انصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان التطليقتين اذا انصفتا صارتا اربعة انصاف فثلثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفا طلقتين ونصفا كل من طلقتين والثاني هو الموجب للاربعة الانصاف وهو احتمال في ثلثة انصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين **قوله** ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي والعتابي وعرف منه انه لو قال نصفي تطليقة تقع واحدة وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا والثالث كالجمع اختصار للمتعاطفات فكانه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى لنصف تطليقة نصفها الآخر مثله بالضرورة اذ ليس للشيء الا نصفان فيقع ثنتان اتجه ان نصفها ونصفها اجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلث لان النكرة اذا اعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فاوقع عن كل

ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة وان قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

تطليقة جزء ولو زاد جزء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من اخرى مع على هذا لو قيل يقع ثلث اذا قال نصف طلقة وثلثها وسبعة اثمانها لم يبعد الا ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت اجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه اضاف الاجزاء الى واحدة ونص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشائخ ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بينكن تطليقتان وثلث او اربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منها تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات لا نية له طلقت كل تطليقتين وكذا ما زاد الى ثمان فان زاد الثمان فقال تسع طلقت كل ثلثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال اشركتكن في ثلث تطليقات فالفرق بين لفظ الاشتراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة اشركتك فيما اوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلثا ثم قال اشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شئ فينقسم الثلث بينهن نصفين قسمة واحدة وههنا قد اوقع الثلث على الاولى فلا يمكنه ان يرفع شيئا مما اوقع عليها باشراكه الثانية وانما يمكنه ان يسوي الثانية بها بايقاع الثلث عليها ولانه لما اوقع الثلث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشتراك في كل واحدة من الثلث فكانه قال بينكما ثلث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما وقد ورد استثناء فيمن قال لزوجة انت طالق ثلثا وقال لاخرى اشركتك فيما اوقعت عليها والثالثة اشركتك فيما اوقعت عليهما فبعد ان كتبنا تطلق الثلث ثم انا قلنا ان وقوعهن على الثالثة باعتبار انه اشركها في ست وفي المبسوط ايضا لو قال لامرأتين انتما طالقان ثلثا ينوي ان الثلث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلثا وكذا لو قال لاربع انتن طوالق ثلثا ينوي ان الثلث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلثا **قوله** انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثلثان وهذا التفصيل عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى فهي قوله من واحدة الى ثنتين وما بين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلث وما بين واحدة الى ثلث يقع ثلاث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شئ وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين اولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى ما كان مدخول الى ثنتين والثانية ما كان مدخولها ثلثا ثم قال المصنف في قول زفر رح وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط تواما ان زفر رح لا يدخل الحدين لا الاول ولا الثاني والعرف ان يراد بالغاية المتاخرة فقط مدخولة الى وحتى لانها المنتهى فوجه ما ذكر باستعمال الغاية في الحد اي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو المبيع مثلا ولا يدخل الجدران فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه ابي حنيفة رح حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر رح انما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للاصمعي حين ساله عند باب الرشيد عن قول الرجل انت طالق ما بين واحدة الى ثلث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلث لان الغاية لا تدخل تحت المغيا فالزمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين ان يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل اعماله ليبين انه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا اصل للقياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى ابي حنيفة رح ما نسب الى الاصمعي غير انه قال له

استحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة
ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه
وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرا والاصل في الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب
عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه
محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رح تقع ثنتان
لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها

في الالزام كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال ابو حنيفة رح سنك اذا تسع سنين فهذا البعيد اذ يبعد ان يجيب فيما بين واحدة الى ثلث ونحوه وبذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون ان يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الالزام رح الا وقد اعاد جوابه فلم يكن بحيث يقطع عليه ولعله روي انه قال عند الزام الاصمعي استحسن في مثل هذا والذي يتبادر في وجه استحسانه ان في قول الرجل سني ما بين الستين الى سبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل لا عرف في الطلاق اذ لم يتعارف التعليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره وقد قيل من طرفه غير هذا وهو ان ما بين العددين المذكورين اكثر من ستين فكيف تكون تسعة وهذا بناء على ان ما بين ستين وسبعين احد وستون واثنان وستون الى تسع وستين لا واحد الى تسعة وانما يصح اذا لم يعتبر الحد الاول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر رح حيث قال لا يتناول الحدين صريح فيه بالاوجه ما ذكرناه والله اعلم **قوله** وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كقول الرجل خذ من مالي من عشرة الى مائة وبع عبدي بما بين مائة الى الف وكل من الملح الى الحلو اي الحلواء اخذ المائة والبيع بالالف واكل الحلو **قوله** ولابي حنيفة رح ان المراد في امر الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا يخفى ان المراد ان ذلك انما هو اذا كان بين الحدين متخلل لانه لا يتحقق في نحو من درهم الى درهمين ارادة مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ففي نحو طالق من واحدة الى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا بانه لا يتاتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا ما يصدق عليه ولم يدع انه جار في غيره ولتعرض بانه لم يصدق الا مع عدم متخلل مع انه مسوق لنفي قولهما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قول زفر رح الا انهما اطلقا فيه وابو حنيفة رح يقول انما وقع كذلك فيما مرجعه اباحة كالمثل المذكور اما ما اصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان الغاية الاولى لا بد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلث اذ لا ثانية بلا اولى ووجود الطلاق حين وقوعه بخلاف الغاية الثانية وهي ثلث في هذه فانه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة اما صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها لانها انما دخلت ضرورة ايقاع الثانية بلا ثالثة وهو منتف وايقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يرد ان لا تقع بطالق منها كما صح في قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عند زفر رح خلافا لما قيل لا يقع عنده شيء لعدم المتخلل ووجه بانه يلغو قوله من واحدة الى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ للغاية ومنتهى فيقع بطالق واحدة كذا هنا يجب ان يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة واورد اذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة اجيب بان الثانية لغو فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله هنا من واحدة الى ثلث فهذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثالث الجواب ان ذلك في المحسوسات اما نحن فيه من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا ففي من الستين الى السبعين يصدق انه لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك القدر بقي ان يقال ان هذا انتقض عليهما لا ينتقض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان ما بين انما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل هي من حيث هي ما بين الواحدة والثلث فلا احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلث ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار سوى جزء اللفظ وهي لا يوجب الا دخول ما بين الحدين ولا مخلص الا بادعاء ان العرف فان مثله يراد به ذلك في اي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر رح **قوله** بخلاف جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا الحائط الى هذا الحائط بالفرق بان الطلقة الثانية واقعة لا وجود لها الا بوقوع الاولى فوقعت ضرورة بخلاف الغاية

فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رح ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رح هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول

في البيع لم تدع ضرورة الى ادخالهما في المبيع فبقيت الغايتان خارجتين وانت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلاثة ليس الا بقضية الالفاظ ومسئلة البيع اتفاقا ان اللفظ لم يترك ظاهره وتحقيق الفرق على قول ابي حنيفة رح ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى آخره فاقتضى في من واحدة الى ثلث وقوع ثنتين لانهما الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخلاف بعت من هذا الحائط الى هذا الحائط لان التعارف انما وقع في الاعداد نحو من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ونحوه فبقي اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فان العرف اعتبر لا قضيته عام وقوع الثانية **فرعان** لو قال من واحدة الى عشرة تقع ثنتان عند ابي حنيفة رح وقيل يقع ثلث لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بالف فطلقها ثلثا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلث وقعت واحدة نقل عن ابي يوسف رح بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن في الغاية **قوله** ولو نوى واحدة اي في من واحدة الى ثلث اذا كان فيه عرف الغاية **قوله** لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه **قوله** ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب عالما بعرف الحساب فهي واحدة نعيا اذا لم تكن له نية اولى ان تقع واحدة وقال زفر رح والحسن بن زياد يقع ثنتان وهو قول مالك رح والشافعي رح في وجه اذا لم يعرف الحساب لانه قصد موجبه عند الحساب فان كان ما يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال احمد. وعندنا يقع واحدة بكل حال ووجه قول زفر رح ان عرفهم فيه تضعيف احد العددين بعدد الآخر فقوله واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين او ثنتين في مرة وثنتين في ثنتين مرتين فكانه قال طالق اربعا فيقع الثلث فالالزام بانه لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا لا معنى له اصلا لان ضربه درهمه مثلا في مائة الف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب وان كان على الانشاء بجعله في مائة لا يمكن لانه لا يحتمل بقول ذلك مائة فليس في ذلك الكلام شيء **قوله** واثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لا في زيادة العدد والطلاق التي جعل لها اجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى ان هذا لا معنى له بعد قولنا ان عرف الحساب في التركيب اللفظي كون احد العددين مضعفا بعدد الآخر فان العرف لا يمنع والغرض انه تكلم بعرفهم وارادة فصار كما لو اوقع بلغة اخرى فارسية او غيرها وهو يدريها **قوله** فان نوى واحدة وثنتين اي نوى واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح ان يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها انت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا كانت او غير مدخول بها كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين وارادة معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وفي الكشاف ان المراد في جملة عبادي وقيل في اجساد عبادي ويؤيده قرأة في عبدي فهي على حقيقتها على هذا ولا يخفى ان تأويلها مع عبادي بحسب ... وادخلي جنتي فان دخولها معهم ليس الا في الجنة فالاوجه ان يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ونتجاوز عن سيئاتهم في اصحاب الجنة وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الاقرار بان قال له على عشرة في عشرة وادعى الخصم الجميع اي مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضي انه ما اراد الجميع اما لو اراد معنى الظرف لغا ولم يقع الا المذكور اولا فهي واحدة في ثنتين واحدة وثنتين في ثنتين ثنتان اتفاقا لان الطلاق لا يصلح حقيقة الظرف فيلغو الثاني **قوله** ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر رح بائنة لانه وصف الطلاق بالطول اورد عليه انه لو قال طالق طلقة طويلة او عريضة كانت رجعية عند زفر رح فكيف يعلل البينونة هنا بالطول اجيب باحتمال كونه يفرق بان وصفه بالطول صريحا

قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقارنة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

فيتبع به الرجعي وكناية فيقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية ابلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد لانه ابلغ من جواد ولانه اثبات الجود بلا بينة اعني كثرة الرماد وانه تعليل على مذهبنا الزام لانه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بان قال طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا الكناية بل اولى لما قلنا وقد فعل له بمثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكوة بان الزكوة لا تسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك الا ان عنه في المسئلة روايتين كما جوزه في الكافي لان بعض المشائخ قال في دليله لانه وصفه بالطول ثم لو قال انت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز ان لا تحصل البينونة عنده باحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكانه قال كالجبل لكن يقتضي هذا ان لا يقتصر على قوله لانه وصفها بالطول بل يقول بالطول والعرض **قوله** قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا وفي السموات ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو الرجعي وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بالعظم ولا كبر بل مدها الى مكان ثم هو لا يحتمل في ذلك اصلا فلا يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشي انه اثبات للمرأة لا للطلاق ووجهه انه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب الا الضمير في طالق **قوله** ولو قال انت طالق بمكة او في مكة طلقت في الحال وكذا في الدار وان لم تكن في مكة ولا الدار وكذا في الظل والشمس والثوب كالمكان ولو قال طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان قال عنيت اذا لبست واذا مرضت يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة او في مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء **قوله** لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان المعنى ان الطلاق لا يتصور ان يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق والمعنى به رفع القيد الشرعي معدوم في الحال وقد جعل الشارع لمن له التخلص من التخلص لفظا وضعه تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود امر معلوم حتى اذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعا شرعيا الزم عقليا والزمان والافعال هي الصالحان لذلك لان كلا منهما معدوم في الحال ثم يوجد او قد يوجد فتعينا لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فانه لا يتصور الاناطة به ولو اناطه به قبل وجوده فالمناط انما هو وجوده او فعل الفاعل له فكان الصالح للتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان في الاضافة والتعليق يكون مستقبلا اما الحال فانما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق لا المعلق واما اضافته الى ماض خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير انت طالق فيقع به في الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل بفعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده ولان الفعل لا يمكن ان يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك في اثره الشرعي لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا امكن اعتباره شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** ولو قال في دخولك الدار او مكة تعلق بالفعل اي بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط للمقارنة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه اعني الظرف وكذا اذا قال في لبسك او في ذهابك وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا او غيره حتى لو قال في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ذكر في باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنويع الايقاع اي بابه الايقاع على ما قدمنا الى مضاف وموصوف

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله وكان مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين

ونشية وغيره معلق بمدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون دينية كالفقه وعقلية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجد ما يترتب على العلم باحوال شتى او اشياء من جهة خاصة وضعه ليبحث عن احواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفا وقيل لواضع صنف العلم الذي جعله صنفا فالواضع للعلم اولى باسم المصنف من المؤلفين وان صح ايضا فيهم وعلم بما ذكرنا انها تباين مندرجة تحت صنف على التباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ما ذكر من نحو كتاب الحوالة الاليق به خلاف تسميته بكتاب **قوله** ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد لان جميعه هو المسمى بالغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى سبحانه لا في القضاء لانه خلاف الظاهر وقوله لانه نوى التخصيص في العموم تنزيل للاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غدا نكرة في الاثبات فتخص فليس من صيغ العموم **قوله** ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يقع في اول الوقتين تفوه به اما الاول فلانه نجزه فلا يرجع متاخرا الى وقت في المستقبل واورد عليه انه لم لا يعتبر لاضافة اخرى لا اضافة عين ما نجز والجواب ان اعتبار كلامه الغاء الحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة اخرى تجب لمراعاتها وقوع اخرى فانها اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت العطف بان قال انت طالق اليوم وغدا او اول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لانها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم واول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله انت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الاول بالآخر فلم لم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما مغير للتنجيز فظهر انه مضاف لا انه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين ان قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بان طالق اليوم الواقع في الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار احدهما للتنافي واعتبار المعلق اولى لان في اعتباره الغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم وفي اعتبار المنجز الغاء كلمات وهي قوله اذا جاء غد لانه لم يقع الفرق في الجوابين بانه توقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال المغير الشرطي ولم يتوقف وكان تنجيزا مع اتصال المغير الاضافي فان قيل لم لم يجعل الثاني ناسخا اجيب بان النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول ثبوته ووقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك تاخيره واما الثاني وهو قوله طالق غدا اليوم فلانه وقع مستقبلا مضافا وبعد ما صح مضافا الى غد لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطليقة اخرى وانما وصفها بتطليقة واحدة لانها لزمت اضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثاني ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مبتدإ في نفسه متراخ وهو منتف هنا فان قلت فما وجه المسئلة اذا وسطت الواو فالجواب انه اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق اول النهار وآخره او اليوم وغدا او في ليلك ونهارك وهو في الليل او قلبه وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها في اول الوقتين تكون طالقا في آخرهما ولو نوى ان يقع عليها اليوم واحدة وغدا اخرى صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا او بعد غد يقع واحدة بلا نية فان نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة ايام وقعن كذلك وان قدم المتاخر كطالق غدا واليوم او في نهارك وليلك وهو في الليل او قلبه وهو في النهار فعن زفر وكذلك يقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا صحيحا والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقديرها في الاولى بعد ما فضل الحاصل انت طا

ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دُيّن في القضاء عند ابي حنيفة رح وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رح انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عيّن آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولان يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة

غدا او انت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر رح فيما لو قال انت طالق كل يوم فعند زفر رح يقع ثلث في ثلث ايام لانه موقع في كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا في كل يوم يحصل بايقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية في طالق غدا واليوم تقع واحدة مشكل لان كل يوم اما ان يتعين اليوم وغدا وبعد غد الى آخر الزمان فتقع واحدة او غلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال انت طالق ابدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان تطلق كل يوم تطليقة اخرى صحت نيته وفي هذه المسئلة ما قدمنا من البحث اول كتاب الطلاق في مسئلة انت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه ان صحة نية الثلث انما باعتبار اضمار التطليق كانه قال طالق كل يوم تطليقة او باضمار في كانه قال في كل يوم ولو قال في كل يوم طلقت ثلثا في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر رح وفرقوا بان في للظرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع **قوله** ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند ابي حنيفة رح وقالا لا يصدق في القضاء خاصة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لهما انه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نية آخره ولهذا اي ولانه باوصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في اول جزء منه اتفاقا عند عدم النية وهذا وهو كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد وصيرورته بمنزلته هذا لان حذف لفظة في مع ارادتها واثباتها سواء فاذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي اثباته كذلك ولابي حنيفة رح ان ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها اعم من كونه متصلا بجزء آخر او كله اولا وانما يعرف خصوص احدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وكلمت في يوم يعرف عدمه لا مدلولا للفظ فاذا نوى جزءا من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لان ذلك الجزء من افراد المتواطي بخلاف ما اذا لم يذكر وصل الفعل اليه بنفسه فان المفاد عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخا وبعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري وفي عمري فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء **قوله** ولو قال انت طالق امس او في الشهر الذي خرج وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء باجماع الفقهاء لانه اسند الطلاق الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله انكار الطلاق فيلغو فكان كقوله انت طالق قبل ان اخلق ولانه حين تعذر تصحيحه انشاء امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح اي طالق امس عن قيد النكاح اذ لم تنكحي بعد او عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للحية انت طالق انت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب لفظ الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الا لتعذره والصارف عنه الى محتمله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الاولى اما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشائخ او لبقائه متوقفا الى انقضاء العدة كقول المحققين ويشهد لهم انه اذا قال كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية اخرى لا ايقاع فيه لكن لقيام العدة يعود القيد لانه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأته احداكما طالق احداكما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانيا او التاكيد الا ان يقصد التجديد لان الايقاع على المنكر ليس غالبا ولا الداعي الى تكثير الطلقات من اللجاج والغضب بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجودا فيه لان تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة ولو كان تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء في الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتاخرين من مشائخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متاخري الشافعية وهي ان طلقتك فانت طالق قبله ثلثا وحكم اكثرهم انها لا تطلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلثا ووقوع الثلث سابقا على التنجيز يمنع التنجيز بوقوع المنجز والمعلق لان لا ايقاع في الماضي ايقاع في الحال ... ايضا ان هذا التغيير بحكم اللغة لان الاجزية تتنزل بعد الشرط او معه لا قبله وبحكم العقل ايضا لان مدخول اداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه

ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم ويصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما للوقت قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم شعر واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت

ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فيبقى الطلاق جزء الشرط غير مقيد بالقبلية وحكم الشرع لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي الى رفعها فيتفرع في المسألة المذكورة وقوع ثلث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة او ثلثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف اهلية فيلغو ولو كان قال ان طلقتك فانت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك **قوله** ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كقوله طلقتك وانا صبي او نائم او مجنون وقد كان جنونه معهودا فان لم يكن معهودا طلقت للحال لانه اقر بطلاقها واسنده الى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الاضافة او يصح اخبارا على ما ذكرناه من كونه اخبارا عن عدم النكاح او طلاق زوج متقدم **قوله** لو قال انت طالق ما لم اطلقك ومتى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت باتفاق العلماء لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان قال تعالى قصا لكلام عيسى عليه السلام واوصاني بالصلوة والزكوة ما دمت حيا اي مدة دوامي حيا فصار حاصل المعنى اضافة طلاقها الى زمان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف اليه فيقع فلو قال موصولا انت طالق بر حتى لو قال متى لم اطلقك فانت طالق ثلاثا ثم وصل قوله انت طالق قال اصحابنا بر ووقعت واحدة وقال زفر رح ثلث ولو قال انت طالق كلما لم اطلقك وسكت وقعت الثلث متتابعا لا جملة لانها تقتضي عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فان لم يكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم اطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت وكذا زمان لم اطلقك وحيث لم اطلقك ويوم لم اطلقك وان قال زمان لا اطلقك او حين لا اطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة اشهر لان لم تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلمة لا للاستقبال غالبا فان لم يكن له نية لا يقع في الحال وانما يراد بحين ستة اشهر لانه اوسط استعمالاته اذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون وستة اشهر نحو قوله سبحانه وتعالى تؤتي اكلها كل حين واربعون سنة كما في قوله عز ذكره حين من الدهر والزمان كالحين لانهما سواء في الاستعمال **قوله** ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت باتفاق الفقهاء لان الشرط ان لا يطلقها وذلك لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة لانه متى طلقها في عمره لم يصدق انه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو انه طلقها واليأس يكون في آخر جزء من اجزاء حيوته ولم يقدره المتقدمون بل قالوا تطلق قبيل موته فان كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار والا فلا ترثه وقوله وهو الشرط يعني العدم وقوله كما في ان لم آت البصرة اعطاء لنظير والمراد ان كل شرط بان منافيا حكمه كذلك وهو ان لا يقع الطلاق او العتاق اذا علق به الا بالموت لما ذكرنا وزاد قيدا احسنا في المبتغى بالعين المعجمة قال اذا قال لامرأته ان لم تجيئني بكذا فانت طالق ثلثا فهو على الابد اذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى ومن ثمة قالوا لو اراد ان يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال ان لم تدخلي البيت معي فانت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لان مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات **قوله** وموتها بمنزلة موته هو الصحيح احترز به عن رواية النوادر انها لا تطلق بموتها لانه قادر على ان يطلقها وانما عجز بموتها وصار كقوله ان لم ادخل الدار فانت طالق يقع بموته لا بموتها وجه الظاهر ان الوجه السابق ينتظم موتها وموته بخلاف تلك المسألة فان بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع اما الطلاق فانه يتحقق اليأس عنه بموتها واذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الغرض ان الوقوع في آخر جزء لا يتجزى فلم يليه الا الموت وبه تبين **قوله** ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى تموت عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق حين سكت

ولا ينبغي فمر به انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم شعر واستغن ما اغناك ربك بالغنى ، واذا تصبك خصاصة فتجمل فلان اريد به الشرط لم تطلق وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما

لان كلمة اذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم وهو ابن احمر او حجر بن حنبشة بيت واذا تكون كريهة ادعى لها ، واذا يحاس الحيس يدعى جندب ، يعني اخاه الصغير وما قيل انه لعنترة الحسني فخطأ عند اهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لعنترة اخ اسمه جندب اصلا وانما له اخ من امه اسمه شيبوب ثم لم تكن امه بحيث تواكل اياه شدادا اصلا لانها العبد من ذلك عند من اطلع على قصته وقبل البيت المذكور هل في القضية اذا استغنيتم وامنتم فانا البعيد الاجنب ، واذا الشدائد بالشدائد من امرها تحكم فانا الحبيب الاقرب ، واذا تكون كريهة ادعى لها ، واذا يحاس الحيس يدعى جندب ، هذا وجدكم الصغار بعينه لا ام لي ان كان ذاك ولا اب ، عجب لتلك قضية واقامتي ، فيكم على تلك القضية اعجب ، هو اعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وايضا تنظيره لها بمتى غير صحيح لانها لا تتمحض للوقت ابدا وهما بنيتان على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه بل المنقول لهما انه لا يسقط عنها معنى الوقت في المجازات فاورد الشاهدين لها للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لها حاجة ان بينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتها في اثبات الاجماع ليكون دفعا ظاهر القول الكوفيين قوله ولابي حنيفة ره انها تستعمل للشرط ايضا يعني الشرط المجرد من معنى الظرفية والا لا يفيد وهذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله واذا تصبك خصاصة فتجمل حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء واما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق لها بين هذه ومسئلة الحلف على ان لا الشرب من دجلة حيث صرفاها الى الشرب بالآنية وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج ابو حنيفة الى الفرق لانه جزم هناك لها بالمعنى الحقيقي لا هنا وفرقه ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه اعم من ذلك ومن الشرب اغترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك اي للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز وانت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع واما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل في احاد المجاز فكونه كثير استعماله حتى يساوي الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجب على قولهما اذا اراد معنى الشرط ان لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهورها في الظرف مرادة خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له ، قاله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي حميدا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح اولها اجبيل ان اباك كارب يومه ، فاذا دعيت الى المكارم فاعجل ، اوصيك ايصاء امرء لك ناصح ، طبن بريب الدهر غير مغفل ، الله فاتقه واوف بنذره ، واذا حلفت مماريا فتحلل ، والضيف اكرمه فان مبيته حق ولا تك لعنة للنزل ، واعلم بان الضيف مخبر اهله ، بمبيت ليلته وان لم يسئل ، ودع القوارض للصديق وغيره ، كيلا يروك من اللئام العزل ، وصل المواصل ما صفا لك وده ، واحذر حبال الخائن المتبدل ، واترك محل السوء لا تحلل به ، واذا نبا بك منزل فتحول ، دار الهوان لمن رآها داره ، افراحل عنها كمن لم يرحل ، واستان حلمك في امورك كلها ، واذا عزمت على الهوى فتوكل ، واستغن ما اغناك ربك بالغنى ، واذا تصبك خصاصة فتجمل ، واذا هممت بامر شر فاقعده ، واذا هممت بامر خير فاعجل ، واذا اتتك من العدو قوارص ، فاقرص لذاك ولا تقل لم افعل ، واذا افتقرت فلا تكن متخشعا ، ترجو الفواضل عند غير المفضل ، واذا تشاجر في فؤادك مرة ، امران فاعمد للاعف الاجمل ، واذا لقيت القوم فاضرب فيهم ، حتى يروك طلاء اجرب مهمل ، واذا لقيت الباهشين الى الندى ، غبرا اكفهم بقاع ممحل ، فاعنهم وايسر بما يسروا به ، واذا هم نزلوا بضنك فانزل ،

والذي في الاصل ... واذا الشدائد ... ولا اب +

ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان البر هو المقصود ولا يمكن تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى

وقد استعمل الشاعر اذا فيها للشرط في ثلاثة عشر موضعا بالجزم ودخول فاء الجزاء ويعقل من عقلت الناقة بالعقل يريد عقلي تريب الدهر غير ممنوع ويحمل اي اظهر ميلا ولا اظهر جزعا وقيل كل الجميل اي المحمول وهو الشحم المذاب واين هذا من الاول في تاديب وفي المنتقى لو قال اذا طلقتك فانت طالق واذا لم اطلقك فانت طالق فمات قبل ان يطلق يقع عليها طلقتان لانه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق بهذا الطلاق ويصلح شرطا في اليمين الاولى لانه وقع بكلام واحد بعد اليمين الاولى فحنث في اليمين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم اطلقك فانت طالق واذا طلقتك فانت طالق فمات قبل ان يطلق وقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا في اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا في الثانية لانه وقع بكلام واحد قبل اليمين الثانية فالشرط يراعى في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله اما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير في الاولى للوجه الاول بعينه وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث في قوله اذا لم اطلقك فانت طالق وكذا لو لم يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا طلقتك فانت طالق زمان لم يوجد فيه تطليق فيقع قبل ان يفرغ منه هذه ثلث مسائل من الجامع الكبير انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك قبلها انت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك ففي الصورتين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند ابي يوسف رحمه الله وعندهما لا يقع فالاصل ان الطلاق اذا اضيف الى وقتين احدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقبل واذا ظرف زمان وقبل لا تقبل الطلاق واذا تقبله فاضيف اليهما ولهما في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك فلا يقع اولان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انها للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك اعترض عليه بان وقوع الشك في الشرطية والظرفية توجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب ان تحرم تقديما للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا واجيب بان هذا مشترك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاز فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلوة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لا تترجح الحرمة وان كان مبنى الصلوة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيئا انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة اما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم يعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله اعلم واعلم ان ما ذكره المصنف مشكل لانه سيذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية وصرح مقتضى الوجه في المشيئة ان على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض او غيره واما اذا عرفت بان استفسر فقال اردت الزمان فيجب ان يصدق على قولهما لا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال اردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه واما في مسئلة الطلاق اعني قوله انت طالق اذا لم اطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما من محتملاته مع ان في الثاني تشديدا على نفسه **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة المنجزة فقط حتى لو كان قال انت طالق ثلثا ما لم اطلقك انت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلث معناه انه قال ذلك موصولا به فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا والقياس ان يقع المضاف ايضا فيقعان ان كانت مدخولا بها فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله

ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلاً طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار لا يتناول الا البياض خاصة وهو اللغة

انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف لان اليمين انما يعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن ههنا الا ان يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان اصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته بر عندنا خلافا لزفر رح فالمراد بالاصل هنا النظير لا اصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر رح **قوله** ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار وهو ظاهر ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والفرار من الزحف حرام ليلاً ونهارا والافعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله امرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها او نهارا دخل الامر في يدها الى الغروب لانه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه الى ان يتبين خلافه كقولك احسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم ياتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصلح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة له كالطلاق والتزوج من له لغو اذ لا يحتمله والطلاق من هذا القبيل فيقع ليلا تزوجها او نهارا كذا في عامة النسخ وفي الاصل التزوج من هذا القبيل قبل كانه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولانه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء به قال في الايمان لو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار الى ان قال والكلام لا يمتد ولان الذكر الفعل انما يستقيم من غير تاويل في اتزوجك لا في انت طالق ولان ذكر القران في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنة اليوم اقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشئ واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول اعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لان المقصود بذكر الظرف افادة وقوعه فيه بخلاف المضاف اليه فانه وان كان مظروفا ايضا لكن لم يقصد بذكر الظرف ذلك انما ذكر المضاف اليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف الحقيقي او المجازي اولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله الا ان بعض المشائخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب اعني ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما يمتد نحو امرك بيدك يوم يسير فلان او لا يمتد كانت حر يوم يقدم وطالق يوم اتزوجك فيسلو باعتبار المضاف اليه عدمه والمحققون رفعوا عن ذلك الايهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار ويشبه كونه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف اليه وهو ما يختلف المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كانت حر يوم يسير فلان فروع قال انت طالق الى شهر تطلق اذا انقضى شهر واوقعه ابو يوسف رح للحال او قبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد لشهر مقتصرا وقال زفر رح مستندا او قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه يقع مستندا عند ابي حنيفة رح وقالا مقتصرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند ابي حنيفة رح يعتبر من اول الشهر ولو كان وطيها في الشهر يصير مراجعا ان كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلثا ووطيها في الشهر غرم العقر وعندهما تعتبر العدة في الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطي ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا وكذا اذا طلقها بائنا او ثلثا او خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهي في العدة لا يقع الثلث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الطلاق بالاستناد وعندهما يقع الثلث والبائن ويصح الخلع ويعتبر مع الخلع ثلثا لو مات زيد قبل تمام الشهر الثلث

فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رح يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت للمطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة وفيما اذا طلقها في اثناء الشهر ثم وضعت حملها او لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار هذا على تقدير كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال انت طالق قبل موتي او قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو مقتصر بعد الموت وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلث حيض اذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امرأة اتزوجها طالق او آخر عبد املكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات او ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفي الزوجة الاخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا يلزمها العدة ان لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابي حنيفة رح بين القدوم والموت ان الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال ان كان في الدار زيد فانت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت في الابتداء يحتمل ان يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت اصلا فاشبه سائر الشروط في احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة الا ان الطلاق لا يقع في الحال لانا نحتاج الى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت والموت يعرفه ففارق من هذا الوجه الشرط فاشبه الوقت في قوله انت طالق قبل رمضان بشهر فيقلب بامر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر يقع اول شعبان اتفاقا ولو قال لها اطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى يموت احدهما فاذا مات طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

فصل فيه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد **قوله** ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وبقولنا قال احمد وقال الشافعي رح ومالك رح يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح اي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما حتى حل لكل الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالته فيصح مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازالتهما الضمير للتمكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عند اكثر اصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نية كالاضافة اليها والمختار عندهم ان على الزوج حجرا من جهتها حتى لا ينكح اختها واربعا سواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نية ولا يخفى انه يندفع ما اورده على الاول بالنكتة الاخيرة اذ يقال تتميما للاول انما احتاج الى نية في الاضافة اليه لانه غير متعارف **قوله** ولنا تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح او القيد فمحل الطلاق محلهما وهي محلهما دونه فالاضافة اليه اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيان انها المحل انها هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه لا امور ترجع الى نفسها فهي المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج بالكتابية ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل احتباسه اياها والحل الذي يثبت لها تبع للحل الذي يثبت له فانه لما ملك الوطي وجب عليها التمكين من ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق بل الحل اثره حسب ما حققناه في باب ايقاع الطلاق من انه المنع الشرعي الخ والثابت اثر النكاح ويرجع الى ما تقدم من ان الثابت تبعا لا يكون محلا للطلاق بخلاف الابانة لانها في لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح

ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق
واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول
كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع
فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا تطلق ثلثا
ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان
الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية
له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الزوج امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة
بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي

مشترك بينهما صحت اضافتها الى كل منهما عاملة بحقيقتها بخلاف التحريم لانه ازالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملا بحقيقته وسياتي تمامه في الكنايات والحجر
عن اختها وخامسة فليس موجبة كما هو بل حجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لا لحكم للنكاح ولهذا لو تزوجها مع اختها معا او خمسا معا لا يجوز **قوله** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء وكذا طالق او غير طالق و طالق او لا وبه قال الائمة الاربعة قال المص هكذا ذكر
في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد
في كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال انت طالق واحدة او لا شيء او ثنتين او ثلاثا او لا شيء انه لا يقع عليها شيء عند ابي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية
ولا فرق بين المسئلتين وهي طالق واحدة او لا و واحدة او لا شيء وخص الخلاف في الاصل بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة لكن قول صاحب الاجناس نقل
ذكره معه في الجرجانيات ولو كان المذكور ههنا قول الكل بسبب انه لم يذكر خلافا فعن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لانه
صرح بخلافه في مسئلة او لا شيء فدل على وفاقه في هذه وهي مسئلة او لا اذ فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في او لا شيء وخلافه هنا رواية
في مسئلة او لا **قوله** له اي لمحمد في ايقاعه به واحدة على هذه الرواية انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحدة ويبقى قوله انت طالق يقع به واحدة بخلاف قوله انت طالق او لا او طالق او غير طالق لا يقع به بالاتفاق لانه ادخل الشك في اصل الايقاع
ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد واستدل على هذا بآثار اجماعية منها انه لو قال لغير المدخول
بها انت طالق ثلثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث لانها بانت بطالق لا الى عدة فلم يبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه
لو قال انت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شيء ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل
ومنها لو ماتت قبل العدد واحدة او ثلث لم يقع شيء **قوله** وهذا لان الواقع في الحقيقة هو المنعوت في العدد وهو المحذوف اي طالق تطليقة
واحدة او طلاقا او تطليقا ثلثا كما قرره في اول الباب اما على الانشاء فلا وقد رجع المص الى طريقة الانشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسئلة انت طالق
امس وقد تزوجها اول من امس فارجع اليه والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد عند ذكره
لا الوصف **قوله** ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له وهو موته وموتها لان موته
ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وانما كان حالة موت احدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع
الطلاق يستدعي حال استقراره اذ المعنى على تعليقه بالموت وان كانت حقيقة مع للقران الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار تعلق
به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل **قوله** واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها اي سهما بان كان تزوج
امة لغيره ثم اشتراها جميعها او سهما منها او وهبها او ورثها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه بان تزوجت حرة عبد الغير ثم اشترته جميعه
او سهما منه او وهب لها او ورثته وقعت الفرقة بينهما فسخا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح اما في ملكها اياه فلاجتماع بين المالكية
والمملوكية فيها وقد تقدم تقريره في فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه واما في ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحرة
لحاجة ابقاء النسل فكان ملك النكاح في الاصل مع المنافي وهو حرية المملوكية للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل
الاقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الامة كلها واما في ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الحل لانه سببه احتياطا

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمه الله انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطيها له وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين يبقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

وهذا بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة الملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح **قوله** ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه كما في ملك البعض ولا من كل وجه كما في ملك الكل وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمه الله يقع لانه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما اذا اعتقها اما اذا لم يعتقها حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة هناك عليها يعني منه حتى حل له وطيها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجها اياه كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله في الكافي وقال لو زوجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا يجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغي عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هناك ايضا قائمة غير انها لا تظهر في حقه ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الفرقة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المراة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فاحتجنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا تثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما اذا ملكته بل اجراه في الفصلين فانه ذكر مسألة المهاجرة وهي ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه فقال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول ابي يوسف الآخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امراته بعدما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه الاول وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المراة زوجها يعني فاعتقته فحكى الخلاف في الصورتين وان اسم الزوج لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق اذ هو سبب حقيقة بالاعتاق او العتق لان اللفظ اعني العتق ينتظمهما اي ينتظم الاعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها اثره ومعنى الانتظام ههنا صحة ارادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمجازي في اطلاق واحد والاعتاق معنى مجازي للعتق هو فيه اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله في لفظ اياك على اعتبار ارادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر او على اعتبار اعمال اسم المصدر كاعجبني كلامك زيدا اما على التجويز الآخر وهو ان يراد العتق الذي هو اثره فمشكل لانه قاصر وانما يعمل في المفعول المتعدي وجعل العامل لعتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن التعليق الا بالاعتاق فقط والوجه الثاني هو ان لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال المذكور في الكافي لحافظ الدين والعجب مما ذكر في جوابه من قول من قال ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل به و اين هذا من صحة الاعمال وايضا كان الوجه ان يقول المص بالاعتاق والعتق بالواو لا باو وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للمتاخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقيق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الآية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كان حقيقة خلافه فيصار اليه بموجب وقد تحقق وهو ان ما فيه ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق او العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للمتاخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتاخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق

ولو قال لها اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فاظهر هذا القصور المصرّح وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل الوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو صفة الرق ووجود احد الضدين مستلزم زوال الضد الاخر ولا يبتنى زواله على وجود الاخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة او وجدت الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود احدهما يقترن بزوال الاخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا يوجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة وهو يبتنى على احد القولين في ان المعلول مع العلة في الخارج او يعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروجه مع عدم المقارنة واطبق العقلاء على ان الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وانت قد علمت ان المبني على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس مع علته فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده وسنذكر ما عندنا في العلة والمعلول واورد على هذا ما لو قال لاجنبية انت طالق مع نكاحك حيث ياتي فيه التقدير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها واجيب بانه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا لزم بذكر حروفها اعني ان ونحوه فان قال ان تزوجتك فانت طالق صح ضرورة صحة اليمين ويرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصريح قبل النكاح بخلاف ما بعده ولقائل ان يقول الدليل انما قام على ملكه اليمين المضافة الى الملك فيتعلق بما يوجب معناها كيف ما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية هذا الجواب لم يتضح لي فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه قوله ولو قال اي لامرأته الامة اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فانت حرة في الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض حيث ولم يذكر الاختلاف على رواية ابي سليمن بل على رواية الشيخ ابي حفص وجه هذه الرواية ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لان علته اصله الاستطاعة مع الفعل الذي يقام بها يقترنان في الخارج فيكون التطليق الذي هو السبب مقارنا للعتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقرر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها امة فكذا الطلاق والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة ثم رد المصنف قول محمد رحمه الله بقوله ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان اي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي امة فتحرم وحقيقة محل الغلط في تقرير محمد من جعل العتق شرطا على ما يعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط يعني ولا ينعقد التطليق سببا الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسب ما ينزل العتق وهي امة فتحرم حرمة غليظة واذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات اخرى احدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعتاق مندوبا فليعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متاخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتاخر فيه الى القبض للحظر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الغد التطليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة فهذه ثلثة لتبيين علم ان العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول فذهبت

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر

طائفة الى ان المعلول يعقبها بلا فصل والجمهور على انهما معا في الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوا استعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فامكن فيهما اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها والا بقي الفعل بلا قدرة والذي يختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير انه لسرعة اعقابه مع قلة الزمن الى الغاية اذ كان آنيا لم يقع تمييز التقدم والتاخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التاثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن مؤثرا والله اعلم وثانيهما ان المعلق كالمرسل عند الشرط وكان المولى والزوج ارسلا عنده العتق ووقوع الا [illegible] وانت حرة او جزء من انت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما وثالثها انها لما تعلقا بشرط واحد طلقت فيصادفها حرة لاقترانهما وجودا ولان الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعليق بشرط واحد يقتضي ان يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشئ زمن خروجه من العدم ليس ثابتا فانتفى ما قبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التملك من الزمان بل مجرد تنزله ينزل في اول ان يعقبه لانه نزول حكم فبطل ما قبلهما ورفع الاثر في البيع لما امكن فهو مطلوب شرعا اخر الى غاية تناسب التاخير اليها عن القبض الذي له شبه بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر وما نحن فيه فلو امكن فيه لم يكن بعد وجود الشرط غاية تناسب اعتبار تاخر ثبوته اليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع والدفع فلا فائدة في تاخيره بل هو محل الاحتياط فبطل الاول

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه **قوله** قال من لامراته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث طعن على محمد في لفظ السبابة اذ الاسم الشرعي المسبحة واجيب بان في بعض النسخ المسبحة وبانه ورد ايضا في رواية ابن عباس رض في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم ادخل السباحتين في اذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة وبان الاعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا ضعيف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل العدول عن الاسم الشرعي الى الشنيع والدفع برواية ابن عباس رض بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ والا وقيل كان الاسم الشرعي المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامي ابن عباس رض عنه فالاولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها الى التصحيف وان كانت هي ايضا غير طائفة من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح واما سباح فانما هو من سبح في الماء سباحة ثم شرع في الوجه فقال لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم يعني لفظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى فلان التي يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل فيها ها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الاجزاء نحو كذا عشرين لتقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد هنا في الحديث فقوله انت طالق هكذا التشبيه بالعدد والمشار اليه هو العدد المفاد كميته بالاصابع المشار اليها بخلاف كذا فانها لم تقصد فيها معاني الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس او غيره كما في الخبر يقال للعبد يذكر يوم كذا وكذا افعلت كذا وكذا ثم مميزه ليس الا ما يتبين الجنس لانها وضعت لتقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس هذا استعمالا غريبا وهذا هو غلط المعنى **قوله** قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ عن ابن عمر رض انه صلى الله عليه وسلم قال انا امة امية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلثين متفق عليه وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة

ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة
والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا
للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله
لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع
واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن
او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما
يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق واسوأه لما ذكرنا وكذا
اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رحمه الله
في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة حيض فلا بد من النية

ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة
فالذي تثبت بالنية منه ان يكون الاصابع الثلث منشورة فقط حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه تحتمله لكنه خلاف
الظاهر وقيل ان اشار بظهورها بان جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان
الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة فقط وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصنف والخفي في ان قوله الابهام
والسبابة والوسطى ليس بقيد **قوله** ولو لم يقل هكذا العيني قال انت طالق واشار باصابعه الثلث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم
وعرفت ان الصواب ان يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم **قوله** واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة او الزيادة كان بائنا مثل
ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك واحمد رحمه الله لان الطلاق شرع معقبا للرجعة
فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله
وهبتك على ان يثبت الملك قبل القبض او طالق على ان لا رجعة لي عليك قوله لنا انه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة
قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما
مر من ان اسم الواحد لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق ان لا رجعة تصريح بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل لزم
ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بطالق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها واجيب بان عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ بائن
ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملاته فاذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية
فيه وقد فرض لطالق ذلك فتعمل فيه النية والا يكون عاملة بلا لفظ بل بما يعطي هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس
كذلك ان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تغيير ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المصنف هناك ورد عليه ان تغيير
المشروع كما منع من صحة النية يجب ان يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطالق
لكن في ذلك منتف لانه اذا عنى به وصفا للمرأة تقع ثنتان وهو ما ذكره المصنف بقوله ولو عنى بانت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان
بائنتان على ان التركيب حينئذ بعيد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو امكن ان يقال لا ايقاع ببائن وصفا لها وطالق قرينة فاستغنى به عن النية
فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو افرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها
وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق تجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان **قوله** وكذا
اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيئا او نوى ثنتين والثلث
بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبافحش الطلاق اخرى تقع ثنتان وانما وقع البائن لانه اي الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو قطع
النكاح في الحال في البائن وموجلا بالانقضاء في الرجعي وافعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه افحش مما يثبت به موجلا اعني الرجعي فصار كقوله
بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه او اشره او اخشنه او اكبره او اغلظه او اطوله او اعرضه او اعظمه كلها مثل افحشه وسنذكر جوابا انه لم
لم يقع ثلث وكذا طلاق الشيطان وكذا طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن وفي

وعن محمد رح انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق فى حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها به فى توحده ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملأ البيت فهى واحدة بائنة الا ان ينوى ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعى فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثانى فلانه قد يراد بهذا التشبيه فى القوة تارة وفى العدد اخرى يقال هو كالف رجل ويراد به القوة فيصح نية الامرين وعند فقدها يثبت اقلهما وعن محمد رح انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف

وفى عبارته تساهل اذ ليس الرجعى هو السنى بل اعم لانه لو طلقها فى الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن ابى يوسف رح فى قوله انت طالق للبدعة لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع فى الحيض كما يكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال اقبح الطلاق فعند ابى يوسف رح رجعى لاحتمال القبح الشرعى والطبعى بان يطلقها فى وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكر وكانه الطهر الخالى عن الجماع فيجتمع الكراهة الطبعية والشرعية او يراد وقت تنفر الطباع فيه عن الطلاق وعند محمد رح بائن حملا له على المنهى عنه **قوله** وعن محمد انه قال اذا انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لما ذكرنا فى وجه الرواية عن ابى يوسف رح **قوله** وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم ويحصل باثبات زيادة الوصف البينونة وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان التشبيه فى توحده يعنى تمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذى هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد فى الثقل والعظم فيثبت المشهر قضية للفظ وتتوقف الواحدة على النية بنية وبين الله تعالى اما القاضى فلا يصدقه فيها **قوله** ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملأ البيت فهى واحدة بائنة الا ان ينوى ثلثا اما الاول وهو قوله اشد الطلاق فلانه وصفه بالشدة فان قيل بل بالاشدية فيجب وقوع الثلث وكذا كل ما كان مثله مثل اقبح الطلاق اجيب بان الفعل يراد به ايضا الوصف كقولهم الاشج والناقص اعدلا بنى مروان اى عادلاهم فلا يحمل على الثلث بالاحتمال لا يخفى ان الاعتبار للظاهر ولذا اثبت البائن فى الجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والاوجه ان هذا الاحتمال يجعل ظاهر الحرمة الثلث فيصار الى الواحدة البائنة وتتوقف الثلث على النية ثم قوله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر فان المعنى طالق طلاقا هو اشد الطلاق والحاصل ان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه فكان اشد معبرا به عن المصدر الذى هو الطلاق واما الثانى وهو قوله كالف فقد يراد به التشبيه فى القوة كما يقال زيد كالف رجل اى باسه وقوته كباسهم وقوتهم وقد يراد التشبيه فى العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد الف وقدر عدد الف وفيه يقع ثلثا اتفاقا وقد يراد التشبيه فى القوة فتصح نية كل من الامرين وعند فقدها يثبت اقلهما وعند محمد رح يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد الف ومعلوم ان التشبيه بالعدد ليس له معنى فى خصوص الكمية والا لقال انت طالق الفا اذ لا معنى لقوله الف تشبيه هذه الالف فانه يستقيم فى الكثرة اى طالق عددا كثيرا الكثرة الالف والكثرة التى تشبه كثرة الالف ما يقاربها فلا بد ان يزيد على اثنين فيقع الثلث قلنا كون التشبيه به فى القوة اشهر فلا يقع الآخر الا بالنية بخلاف كعدد الف وعلى هذا الخلاف مثل الف ولو قال واحدة كالف فهى واحدة بائنة بالاجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس او التراب ومثله فعند ابى يوسف رح رجعية واختاره امام الحرمين من الشافعية لان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب وعند محمد رح يقع الثلث وهو قول الشافعى واحمد رح لانه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة وفى قياس قول ابى حنيفة رح واحدة بائنة لان التشبيه يقتضى ضربا من الزيادة كما مر اما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد رح وعنه فى كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلث والفرق له بين هذا وبين قوله كالف ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه فى النور ولو قال كثلث فهى واحدة بائنة عند ابى يوسف رح وثلث عند محمد كما لو قال كعدد ثلث وهذا ضعيف لانه تشبيه العدد بالعدد فى خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفا وفى كافى الحاكم لو قال انت طالق اكثر الطلاق فهو ثلث لا يدين فيها اذا قال نويت واحدة انتهى ولو اضافه الى عدد معلوم النفى كعدد شعر بطن كفى او مجهول النفى والاثبات كعدد شعر ابليس ونحوه يقع واحدة او من شانه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف بان قال كعدد شعر ساقى او ساعدى

وأما الثالث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأ لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية تثبت الأقل ثم الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لما مر أن التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند أبي يوسف رحمه الله إن ذكر العظم يكون بائنا وإلا فلا أي شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رحمه الله إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا وإلا فهو رجعي وقيل محمد رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله وقيل مع أبي يوسف رحمه الله وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول وإذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة

قوله وأما الثالث هو قوله ملأ البيت فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأ لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الأقل وهو ظاهر **قوله** ثم الأصل الخ اعلم أنه إذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع عليك أو على أني بالخيار وقد صنوه لا يقع لعدم الشرط وإن كان يوصف به فإما أن لا ينبئ عن زيادة في أثره كقوله أحسن الطلاق سنة أجمله أعدله خيره أكمله أتمه وأفضله فيقع به رجعيا ويكون طالقا للسنة في وقت السنة وإن نوى ثلثا فهي ثلث للسنة وفي مختصر الطحاوي لو قال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت طالقا يملك رجعتها ولم تكن هذه التطليقة للسنة قال وفي أصحاب الإملاء عن أبي يوسف رحمه الله أنها طالق تطليقة للسنة كما لو قال أنت طالق حائضا كانت أو غير حائض أحسن الطلاق أو ينبئ كأشده وأطوله فيقع بائنا وأما التشبيه فكلهم على أنه بائن عند أبي حنيفة رحمه الله أي شيء كان المشبه به كرأس إبرة وكحبة خردل أو كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند أبي يوسف رحمه الله إن ذكر العظيم فكذلك وإلا فرجعي أي شيء كان المشبه به ولو كان عظيما لأن التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة وعند زفر رحمه الله إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن وإلا فرجعي ذكر العظم أو لا وبيان الأصول في مثل رأس إبرة عند أبي حنيفة رحمه الله بائن وعند أبي يوسف رجعي إلا أن يقول كعظم رأس إبرة فحينئذ هو بائن وعند زفر رحمه الله رجعية وفي كالجبل بائن عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر رجعي عند أبي يوسف رحمه الله إلا أن يقول كعظم الجبل ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل وقول محمد رحمه الله قيل مع أبي حنيفة رحمه الله وقيل مع أبي يوسف رحمه الله كله عند عدم النية أما لو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لأن الواقع بها بائن والبينونة تتنوع إلى غليظة وخفيفة وفي شرح الكنز كالثلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما إن أراد بياضه فرجعي وإن أراد به برده فبائن انتهى وهذا يقتضي أن أبا يوسف رحمه الله لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يفيد كل الصدلين يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق أو كأسنته أو كأحسنه والله سبحانه أعلم **قوله** ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض فهو البائن أيضا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو وفي الكافي للحاكم لو قال أنت طالق طول كذا أو كذا أو عرض كذا أو كذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلثا وإن نوى لأن الطول والعرض يدل على القوة لكنهما يكونان للشيء الواحد فكأنه قال أنت واحدة طولها كذا أو عرضها كذا فلم تصح نية الثلث **قوله** ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة الخ أراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوده وطلاق الشيطان أو البدعة وأشده وكألف وملء البيت ومثل رأس إبرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنها كلها بوائن والبينونة تتنوع إلى خفيفة وغليظة وكذا ذكره الصدر الشهيد وقال العتابي الصحيح أنه لا تصح نية الثلث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنه نص على التطليقة فإنها تتناول الواحدة ونسبه إلى شمس الأئمة ورجح بأن النية إنما تعمل في المحتمل والتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلث

فصل في الطلاق قبل الدخول لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الأصل لأن الأصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض **قوله** وإذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا أي تطليقا ثلثا على ما بيناه في الفصل وفي باب إيقاع الطلاق أن الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره وبه دفع قول الحسن البصري مع عطاء وجابر وابن زيد أنه يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئا ونص محمد رحمه الله قال إذا طلق الرجل امرأته ثلثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وإن دخل بها أو لم يدخل بها سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي بن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله

(لما كان الدخول للدخول الطلاق)

فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحدة ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره
حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال لها انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت
طالق واحدة وواحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا
لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء
الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع
في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بالاولى فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة
للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة الثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع
الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فتقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان لان البعدية صفة
للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة
مع للقران وعن ابي يوسف رح في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة

عليهم اجمعين ولا ينافي قول ان شاء الله ان يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع وكونه وصف المحذوف اما لو قال اوقعت عليك ثلث تطليقات فانه يقع الثلث عند الكل **قوله** وان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك كقوله انت طالق طالق طالق لانه ليس في آخر الكلام ما يغير اوله ليتوقف اوله فلم يقع بطالق الاول شيء فان قيل لو قال بالواو وطالق وطالق او طالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع ان الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق اذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلثا وحكمهما مختلف لان في التفريق تبين بواحدة فينبغي ان يتوقف الصدر فيقع الثلث كما قال مالك واحمد قلنا الجمع الذي يباين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المصير له كلفظ ثلثا ونحوه وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل للجمع المتعاطفات في معنى العامل اعم من كونه على المعية وعلى تقدم المتعاطفات بما في تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية والجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتيب اللفظي وعكسه افراده ولا دلالة للاعم على الاخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالفرد دة ذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ولان الحكم بتوقف الصدر يتوقف على الحكم بانها في التركيب للمعية واذا علمت انها لا يتعرض الا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذي هو المعية بعينه وليس هو باولى من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل وبعدم اعتبارها المعية يعمل بكل لفظ عمله فتبين بالاولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب فاندفع ما قيل لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب واما وقوع الثلث على غير المدخول بها اذا قال انت طالق احدى وعشرين ووقوع الثنتين في قوله لها انت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب ايجاب واو المعية بل لانه اخصر ما يلفظ به اذا اراد الايقاع بهذه الطريقة وهو مختار في التعبير لغة وان لم يكن مختارا في احدى وعشرين شرعا الا ان الشرع لم ينف حكمه اذا تكلم به وذكر شمس الائمة في المسئلتين خلاف زفر فلا يقع عنده الا واحدة لوجود العطف فسبق ما وقع الاول اما لو قال انت طالق احد عشر فانه يقع الثلث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلث عليها اذا قال انت طالق ثلث ان شئت فقال شئت واحدة وواحدة وواحدة لان تمام الشرط باخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء اعلم ان شمس الائمة حكى عن ابي يوسف ومحمد رح خلافا في نحو طالق وطالق وطالق ان عند ابي يوسف رح تبين قبل ان يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد رح بعد فراغه منه لجواز ان يلحق بكلامه شرطا او استثناء ورجح في اصوله قول ابي يوسف رح ولم يقع الطلاق لفوت المحل فلو توقف وقوع الاولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلث حال التكلم بها ولا يخفى ان النظر الى تعليل محمد رح بتجويز ان يلحقه مغير يفيد ان المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فان مقتضاه انه لو لحق تبين عدم الوقوع واذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالاول وبهذا لا ينفيه ابو يوسف رح فلا خلاف في المعنى بينهما **قوله** وهذه اي المسائل الثلث تجانس ما قبلها من حيث المعنى وهو فوات المحل عند الايقاع فلا يقع شيء غير ان فواته في هذه بالموت فلا يقع شيء كما لو قال انت طالق ان شاء الله فماتت قبل ان يقول ان شاء الله لا يقع عليها شيء وفيما قبلها بالطلاق فيقع الاول دون ما بعده **قوله** لو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل فيه انه اذا ذكر شيئين وادخل بينهما ظرفا فان قرنها بهاء الكناية اي اضيفت كلمة الظرف الى ضمير الاول كان صفة للمذكور آخرا جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها بل اضيفت الى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للاول بالضرورة ولانه خبر عنه اما اذا قرن بها ارتفع عمرو المتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدأ فتخرج القبلية في واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة في اللفظ اعني المضاف اليها لفظة قبل فلا تلحقها الثانية وفي قبلها واحدة صفة للاخيرة لانها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثنتين او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا تقع الزائدة على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

وفي الثلاث

بعضهما واحدة الاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بقبلية اخرى لها ولا يقدر عليه اذا لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان فيقعان واذا كان الظرف لفظة بعد ففي واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بانها بعد اخرى وهو معنى قبلية اخرى لها ولا قدرة على تقديم المسبوق الموجود على الموجود فيقترنان بحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان وفي واحدة بعدها واحدة اوقع واحدة موصوفة ببعدية اخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها واما اذا قال واحدة معها واحدة او مع واحدة فلا فرق في الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثاني تحقيقا للمنافاة وعن ابي يوسف رح في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه قلنا وقد وجد وهي واحدة التي هي مرجع الضمير اذ قد سبق لفظها غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق بالحكم الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان عنى سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوما رجل طلق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان وصوره ثلث لانه اما ان يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل او جميعه بلفظ بعد او جمع بينهما ففي الجمع كالبيت يلغي قبل بعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع في شوال وفي نحوه ثلث صور اخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان تخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرف حكمه او لا تخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان تخلل بينهما قبل قلب البيت وحكمه انه يلغي بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع في شعبان ولا تخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعده بعده رمضان فيقع في جمادى الآخر **قوله** وفي المدخول بها يعني ان ما ذكرناه من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها اما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها اي في قبل واحدة وقبلها وبعد واحدة وبعدها واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشئ قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد رح في الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ونفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقول النبي صلى الله عليه وسلم صلوا اصابعكم قبل ان تتخللها نار جهنم واجيب بان اللفظ اشهر بالوقوع وكون الشئ قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما امكن **قوله** ولو قال لها اي لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا ثنتان ولو قدم الجزاء فقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق اي لجمع المتعاطفات في ما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان عاملا كجاء زيد وعمرو او لا كزيد وعمرو وبكر جاء وامطلقا اي بلا قيد معية او ترتيب بل اعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق ثنتين وكما اذا اخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التعريف للفظي لا اثر له لانه في حال التكلم بتعلق الطلاق لا في حال التطليق تنجيز بخلاف قوله لغير المدخول بها انت طالق واحدة وواحدة لانه في حال الايقاع ولا موجب للتوقف الاول فيقع اما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم ينزل كذلك فيقع الكل لو سلم التعاقب في التعليق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب ينزل جملة عند وجوده كما لو حصل بايمان تخللها ازمنة كما لو قال ان دخلت فانت طالق ثم بعد زمان قال ان دخلت فانت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصر كما اذا نص على الثلث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن فيقعن **قوله** وله ان الجمع المطلق الذي هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال الخاص ان يراد من حيث هو في ضمن القران والترتيب وهذا لانه لا يراد في الاستعمال الا الاعم الا من حيث هو في ضمن احد اخصاية وعلى الاعتبار الثاني وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا نجز الثلث بالواو لغير المدخول بها يقع

ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي رحمه الله وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح

واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل فلا يتعين لاحد الجزئين ونزول الطلاق عند
الشرط لا بد منه فتعتبر الواحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرير الاصول ان الاول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثاني بواسطة
والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذي وقع عليه التعليق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثاني بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كل جملة
مستقلة تتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس شيء منها بواسطة شيء فينزلن جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا قدم الجزاء لان تأخر الشرط موجب لتوقف
الاول لانه مغير فتتعلق الكل فيه دفعة فتنزل دفعة ونقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت يقع ثلاث ولو نجز
بهذا اللفظ وقع واحدة واجيب بان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني بدل الاول ولا يمكن في الطلاق فيتعلق الاول ويصح تعلق الثاني
لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كانه اعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعلهما يمينين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز
لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولنا ارجح قوله تعلق بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه
الى الشرط وان اريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة
لنزوله اذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعليق وليس نزوله علة لنزوله بل اذ تعلق الثاني بأي سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط
وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرير المصنف اقرب ولا يرد عليه مسئلة الايمان فان قيل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بانه لا شك في تعلق الكل
سواء كان بطريق المعية او الترتيب فيجب ان تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذي يراد بالواو يقتضي كما قررناه
ان وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر فان معناه ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى وقبلها اخرى فلا يقع متأخر الا بعد وقوع المتقدم
فصار الدخول شرط كل متأخر بخلاف الترتيب الذي اتفق في الايمان فانه ليس الشرط في الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام
شرط كل معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف ما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق وانت علي كظهر امي ووالله لا اقربك فدخلت
فطلقت وسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مول ولو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وانت علي كظهر امي
ووالله لا اقربك اربعة اشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والله لا اقربك وانت علي كظهر امي وانت طالق فتزوجها وقع الكل عند الكل اما عندهما فلا اشكال
واما عنده فلسبق الايلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق **قوله** ولو عطف بحرف الفاء فقال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق فطالق فطالق
فدخلت فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فلم يكن عنهما وذكر
الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة ولا وقوع قبل
مجموع الشرط فتقع الثانية بعد تمام شرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدها على النحو الذي قررنا عليه كلام المصنف لابي حنيفة رح وهذا لانه يصير المعنى
ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى ولو عطف بثم واخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان
وتتعلق الثالثة بالشرط لانها للتراخي وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكانه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف فيتعلق فكذا هنا واذا وقع
الاول بقيت محلا فيقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها وان قدم الشرط
فقال ان دخلت فانت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخول بها تعلق الاولى ووقعت الثانية والثالثة فاذا لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث

واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته **قال** وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث

والوجه لعبد معرفة الاصل ظاهر وعندهما تعلق الكل بالشرط قدمه او اخره الا ان عند وجود الشرط يقع الثلاث ان كانت مدخولا بها وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه او اخره فاثر التراخي يظهر عنده في التعليق كانه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف اصلا بان قال ان دخلت فانت طالق واحدة واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لانه انما تعلق الاول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه قوله

واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما ذكر احكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل في الكلام لانه وضع للافهام وما كان ادخل في الافهام كان اصلا بالنسبة لما لا وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه ولما لم يعرف المص الكناية كما عرف الصريح بل ابتدا فقال وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية الى آخره لاشتهار انها ضد الصريح وحين عرفه علم ان الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع انه لو خذ رسمها من تعليله حيث قال انها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم ان يستفسر عن مقصوده به اما اذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فان القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فانها تحكم بارادة مقتضى شرعا كما في البيع بالدراهم المطلقة ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا اذا اطلق نية الحج ينصرف الى الحج الفرض والحاصل ان النية باطنة والحال ظاهر في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في انكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء واما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق وسيجئ اذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المص لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال يحال على حكم القاضي بالوقوع اما في نفس الامر فلا يقع الا بالنية مطلقا الا يرى ان انت طالق اذا قال اردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته اذا كان نواه قوله لانها غير موضوعة للطلاق بل موضوعة لما هو اعم من حكمه او منه والاعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلا من صدقاته ولا يتعين احدها الا بمعين والمعين في نفس الامر هو النية وبالنسبة الى القاضي دلالة الحال فان لم يكن فدعواه ما اراد وانما قلنا اعم من حكمه ولم نقل اعم منه لما سنذكر من انها لم يرد بما سوى الثلث الرجعية الطلاق اصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح فعلى هذا فقول المص بل تحتمله وغيره تساهل لان محتملات اللفظ تستعمل فيها وسنبين انه لم يرد بها الطلاق ونقرره والجواب ان المراد تحتمله متعلقا معناها او واقعا عنده فتدخل الثلث الرجعية قوله وهي اي الكنايات على ضربين هذا تقسيم للكنايات وهي تنقسم اولا بحسب ما هي كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المص هي القسمة الثانية اما الاولى فتنقسم الى ما هو كناية عن حكم الطلاق والى ما هو عن تفويضه الثاني لفظان اختاري وامرك بيدك لا يدخل في يدها الا بنية الطلاق فلا يقع الا بقولها بعد نيته طلقت نفسي او اخترت نفسي والاول ما سواهما وينقسم الى ما يقع به البائن وهو ما سوى الالفاظ الثلثة وسنذكر ما فيه والى ما يقع به الرجعي وهي الالفاظ الثلث اعتدي استبرئي رحمك وانت واحدة ثم لا يقع به الا واحدة اما الاولى اي كون الاولى وهي كلمة اعتدي كناية فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى فان نوى الاول تعين وهو يقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما اذا قال بعد الدخول اما قبله فهو مجاز عن كوني طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب لان شرطه اختصاص المسبب بالسبب وبعده لا تختص بالطلاق لثبوتها في ام الولد اذا اعتقت ويجاب بان ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالاصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص واعلم انه كما يجب كونها مجازا عن كوني طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في غير المدخول بها اذا كانت آيسة او صغيرة وما في الشواهد من ان وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة يعني انه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها

ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة

وما قيل والقياس ان يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس واستحسان لان علية البينونة التي في غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه
القياس اصلا اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد ويقتضي فرقة بعد الدخول وهي اعم من رجعي وبائن لكن لا يوجب ذلك تعيين البائن بل تعيين الاخف لعدم الدلالة على الزائد
واما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئي لاني طلقتك او لا طلقك يعني اذا علمت خلوه
عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثاني لا فلا بد من النية ولا يخفى انها ايضا قبل الدخول مجاز عن كوني طالقا كاعتدي وكذا في الآيسة والصغيرة
المدخول بها كما ذكرنا واما الثالثة وهي انت واحدة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه فكانه قال معنى
ذا النواه مع الوصف المذكور فكانه قال تصور ان مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو انت واحدة عندي او في قومك
مدحا او ذما وقد ظهر ان الطلاق في هذه الالفاظ مقتضى ما هو في اعتدي استبرئي رحمك لانه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء ومضمر في واحدة ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة فاذا
كان مضمرا او انه اضعف منه اولى ان لا يقع الا واحدة وفي واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلث لانها
صفة للمصدر المحذوف مما لها فلا يتجاوز الواحدة واعترض بعضهم على قوله يحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف اي تطليقة واحدة فان فيه تكلفا غير محتاج
اليه بل يحتمل ان يراد به منفردة على الزوج سار لانه لا يدفع احتمال ما ذكره المص والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر فانت
طالق والطلاق عزيمة الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع اذهبن فانتن الطلاق او طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ انت
منفردة عن الزوج فكان احتمال انت واحدة للمصدر اظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعيين الثاني قوله ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة
المشايخ هو الصحيح احتراز عما قال بعضهم ان رفع الواحدة لا يقع شيء وان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها نعت للمصدر
اي انت طالق تطليقة واحدة فقد اوقع بالصريح وان سكن احتيج الى النية وجه الصحيح ان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم
يرجع الى العامة عليه ولان الرفع يجوز بكونه نعتا لطالقة اي انت طليقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر اي انت متكلمة كلمة واحدة
وهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لا تلتزم التكلم العرفي على صحة الاعراب بل تلك اصطلاحاتهم والعرف لغتهم ولذا ترى اهل العلم في مجاري
كلامهم لا يقيمونه قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى الثلث كانت ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة
في هذا الاطلاق نظر بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلث فقد ذكر في انا بريء من طلاقك يقع رجعيا اذا نوى بخلاف ما اذا قال من نكاحك
قاله ابن سلام وفي الخلاصة اختلف في برئت من طلاقك اذا نوى الاصح يقع رجعيا والاوجه عندي ان يقع بائنا لان حقيقته تبريه منه يستلزم عجزه
عن الايقاع وهو البينونة بانقضاء العدة او الثلث او عدم الايقاع اصلا وبذلك صار كناية فاذا اراد الاول وقع وصرف الى احدى البينونتين
وهي التي دون الثلث وكذا في الطلاق عليك يقع بالنية وفي وهبتك طلاقك اذا نوى يقع رجعيا وكذا قال في بعتك طلاقك اذا قالت اشتريت منه
بدل تم في الهبة اذا لم تكن نية تطلق في القضاء ولو قال نويت ان يكون في يدها لا يصدق واما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت
نفسها في ذلك المجلس طلقت والا فهي زوجته هذا اذا ابتدأ الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لي طلاقي بزيد او عرض عنه فقال وهبت لا يقع وان نوى
لانه جوابها فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع اذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب واخرج
الكلام ابتداء ولذلك وهو ادرى بنفسه ونيته ويقع رجعيا في خذي طلاقك واقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك وقضاه او شئت يقع بالنية

وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واعزبي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رض سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة الرضاء لا يكون شئ منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري

رجعي وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة حرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك بوصل الهمزة وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة واعتقتك مثل انت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واعزبي بالغين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة وبالزاي المعجمة واخرجي اذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره وتفسير المحتملات يجيء كاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من اشياء وهي هيئة الناقة اذا اريد اطلاقها للرعي وهي ذات رسن فالقي الحبل على غاربها وهو ما بين السنام والعنق كيلا تتعقل به اذا كان مطروحا فشبه بهذه الهيئة الاطلاق اطلاق المرأة عن قيد النكاح او العمل والتصرف من البيع والاجارة والاستيجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صورة الاطلاق وفي وهبتك لاهلك اذا نوى يقع وان لم يقبلوها لانه يحتمل كون وهبتك لاهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهي البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها في ثبوت البينونة والحقي باهلك مثله في صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك او لابنك مثله بخلاف الاجانب فلا بد من النية اي في الحكم بوقوع الطلاق الا ان يكونا في حالة مذاكرة الطلاق وهو حال سوالها الطلاق او سوال اجنبي فيقع في القضاء وان قال اردت غير الطلاق فلا يقع فيما بينه وبين الله الا ان ينويه ويستثنى منها اختاري لما ذكر وامرك بيدك قال المصنف سوى القدوري بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق في حال مذاكرة الطلاق في القضاء اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الائمة في المبسوط والمشائخ كفخر الاسلام وغيره قالوا وهذا اي كونه لا يصدق اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سوال الطلاق انما هو فيما لا يصلح ردا اما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استانف تقسيما ضابطا فقال الاحوال ثلثة حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق اي التطليق ولا يصلح ردا له وما يصلح جوابا وشتما ففي حالة الرضا يصدق بالكل اذا قال لم ارد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه وفي حال المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لا ردا كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدي استبري رحمك اختاري امرك بيدك ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجي اذهبي افلحي تقول العرب افلح عني اي اذهب اعزبي قومي تقنعي ومرادفها كاستتري وتخمري ومعنى الرد في هذه اي اشتغلي بالتقنع الذي هو انفع لك من القناع وكذا اخواته ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا وشيمة لا ردا كخلية برية بتة بتلة حرام وما يجري مجراه اذ تحتمل خلية عن الخير برية منه بتة بتلة اي مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدي اختاري امرك بيدك استبري وعرف بما قدمنا ان اختاري امرك بيدك لا يقع بهما الطلاق الا بايقاعها بعده وانما هما كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الامر في يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم في الاحوال الى قسمين حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا يتصور سوالها الطلاق الا في احدى الحالتين لانهما ضدان لا واسطة بينهما فتحرير التقرير ان في حالة الرضا المجرد عن سوال الطلاق يصدق في الكل انه لم يرد الطلاق وفي حالة الرضاء المسئول فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا انه لم يرد وفي حالة الغضب المجرد عن سوال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا او ردا انه لم يرد الا السب والرد ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط وفي حالة الغضب المسئول فيها الطلاق تحمل في عدم تصديقه في المتمحض جوابا سببان المذاكرة والغضب وكذا في قبول قوله فيما يصلح ردا الا ان كلا من المذاكرة والغضب يستقل باثبات قبول قوله في دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسب يعتبر الغضب باثباته فلا يتغير الاحكام فالاولى ان يعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة قوله وعن ابي يوسف الحق ابو يوسف بالتي يحتمل السب الفاظا اخرى وهي لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك فهذه

١٢م

لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رح في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب

اربعة الفاظ ذكرها ابو الليث وذكرها العتابي خمسة لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الحقي باهلك حبلك على غاربك وفي الايضاح وفي شرح الجامع الصغير لشمس الائمة ذكر خمسة هي هذه الا انه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتمم ستة الفاظ ووجه احتمالها السب ان لا ملك لي يعني انت اقل من ان تنسبي الي بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي باهلك كذلك وحبلك على غاربك اي انت مسيبة لا يشتغل احد بها ديبك اذ لا طاقة لاحد بمجاريتك ثم في رواية جامع فخر الاسلام والفوائد الظهيرية ان ابا يوسف الحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة وهي اعتدي اختاري امرك بيدك وفي شرح مختصر الكرخي قال ابو حنيفة لا سبيل لي عليك تقنعي استبرئي اخرجي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين في الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب يبعد الانسان الزوجة فيه وكذا في حال ذكر الطلاق وهذا لانه لا سبيل لي عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي والرواية في اخرتك طلاقك ظاهرة وعن ابي يوسف يقع خلافا لمحمد وفي النوازل عن ابي حنيفة رح ليصير الطلاق في يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق انشاءات كما كان للزوج ولو قال طلاقك علي لا يقع اصلا وروى الحسن عن ابي حنيفة رح لو قال وهبتك لابيك او لامك او للازواج فهو طلاق لان المراة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاختك او لخالتك او لعمتك او لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فبيعي ثوبك فلا يقع عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح لان اذهبي يحتمل فيه للطلاق وبقي الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابي يوسف ره ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي ومن الكنايات تنحي عني فاختلفوا في لم يبق بيني وبينك عمل فقيل يقع اذا نوى وقيل لا ومثله لم يبق بيني وبينك شيء وفي اربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع الا بالنية الا ان يقول خذي ايها شئت ثم عن محمد رح في رواية اسد يقع ثلث وقال ابن سلام اخاف ان يقع ثلاث لمعنى في كلام الناس كانه يريد ان مراد الناس بمثله اسلكي الطرق الاربعة والا فاللفظ انما يدل على الامر بسلوك احدها والاوجه ان يقال يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتاخرون في وهبتك طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في بحتك طلاقك وان نوى او صنعت عند دلالة طلاقك او رضيقه او سوجه او ارادته وان نوى واما طال بلا قاف فاطلق بعضهم انه يقع وفصل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق اما في حال الغضب فيقع قضاء اسكنها او لا وفيه ايضا النظر المذكور لانه ايقاع بالفظ لم والاعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه وهذا البحث يوجب ان لا يقع به اصلا وان نوى ومثل هذا البحث يجري في التعليق بالتهجي كانت طا لام قاف لانه ليس طلاق ولا كناية لان موضوعها ما يحتمل اشياء واوضاع هذه المسميات هي حرف ولذا لو قرأ آية السجدة تهجيا لا يجب السجدة لانه ليس قرآنا ولا مخلص الا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالا عليه وضعا او عرفا وح يقع بالتهجي في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا ابطال بل قاف وفي قوله لا اخرج احل اليها طلاقها او خبرها به او بشرها تطلق في الحال لان الحل لا يتحقق قبل الحصول ومنها انت علي كالميتة او الخمر او لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامراته هذه عمتي او خالتي او محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك فما صبر عليه فرق بينهما ولو قال كذبت او مزحت او وهمت او نسيت يصدق ولا فرق استحسانا والقياس ان يفرق مطلقا ولا يصدق لانه اقر بالتحريم ووجه الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال لها هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا في هي امي او ام معروفة وان لم يكن لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هي اختي وحلفت في لست لي بامراة وما انا لك بزوج فنوى الطلاق

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها

يقع عند ابي حنيفة رح وقالا لا لان نفي النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم اتزوجك او والله ما انت لي بامرأة او سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا وله انها تحتمله اي لست لي بامرأة لاني طلقتك فيصح نفيه كما في لا نكاح بيني وبينك ومسألة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين انه اراد النفي عن الماضي لا في الحال لان الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في انشاء النفي في الحال وقوله لم اتزوجك جحود ولا يحتمل الانشاء او الطلاق لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف انه اراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب المنافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها يقع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست او ما انت امرأتي او لست انا زوجك عنده يقع بالنية والنياه **فصل** بالكنايات

الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا او عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به او لم ينو وكذا اذا كتب على لوح او حائط او ارض او في كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حرف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوي فيه كالكلام الكنى لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب لتجربة الخط فان كان صحيحا يبين بنيته بلسانه وان كان اخرس يبين بنيته بكتابته هذا اذا لم يكن خطابا او رسالة فلو كان على رسم الرسالة بان كتب اما بعد يا فلانة فانت طالق او انت حرة او اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال انت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل ان يكتب امرأته طالق او فلانة طالق بخلاف ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فانت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وانفذه وسطره باقية وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ما سوى كتابة الطلاق وانفذه فوصل اليها لا يقع فمبني على ان الرسالة المتضمنة للحوائج والطلاق لا يكون كتابا وفيه نظر وما قيل من انه لو محى اكثر ما قبله فارسله لا يقع ابعد من الاول اذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر اكثر الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم انكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ولو كتب اليها اما بعد انت طالق ان شاء الله تعالى ان كان موصولا بكتابة لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب ان شاء الله تعالى يقع الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي وفي الخلاصة وفيها معزوا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر او امر غيره حين كتب ولم يمل هو فاتاها الكتابان طلقت طلقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل احدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب واما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتين قضاء لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكلما ذكرناه ثابت في حق الاخرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف منه ذلك بان يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك او شككنا فيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المصنف احكام الاخرس من هذه في آخر الكتاب **قوله** ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى يرد منعه بان كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفي بالاتفاق على ان الواقع طلاق والبائن بالنص فان قيل النص انما افاد الرجعة بالطلاق

والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما يصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الصريح معناه لان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن احق بردهن اعم من الطلاق الصريح وغيره ولان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها اعني نص الافتداء لما عرف من ان الافتداء لا يتحقق الا بالبينونة والا يذهب بالمال ولا يفيد وحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال او ثلث واستدل المصنف بقوله ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا اثبتها بقوله لحاجة ماسة الى اثبات الابانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بان المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجته لانه لو ابانها بالثلث عصى ولو طلقها رجعيا ربما يرى المصلحة في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدي الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه سد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له امكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والاوجه في العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم ان يشرع له الابانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كيلا يقع في الرجعة بغير قصد منه بان تقبل المرأة فتقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريد فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كيلا تفوت هذه المصلحة ودفع بان هذه مصلحة وثبوت التمكن من اعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع ان الانسان محل التغير مصلحة اخرى اكيدة وكثيرا ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة اكثر من تورع طلاق لم تتبع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب الا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة ليسير من الاحتراس من مجانبتها مقبلة ونحوه فكان اعتبار منع الابانة اجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الاخرى فان اردت تخصيص نص اعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء ايضا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه لم يلزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب الندم بتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة او تفريق الثلث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة واذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة في اوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا بسبب تحقق الحاجة الى الابانة من الفطام هذا ولا يخفى ان المعنيين اعني عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة اذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة والوجه في الاستدلال ان يقال لما ثبت شرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد ثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان اي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه ايضا بلفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بلفظ واحد فتقع به الحقيقة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الحقيقة وايضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد خرج منه ذلك حين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة فيثبت ايضا اخراج الواحدة البائنة بلا مال لعقب الرجعة لان شرع الايقاع به هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلث شرعا به تحليفه صلى الله عليه وسلم ركانة حين طلقها البتة انه ما اراد الا واحدة وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها يعني لا تردد في المراد للقطع بان معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد وكذا البت والبتل القطع والتردد وانما هو في متعلقها اعني الوصلة وهي اعم من وصلة النكاح والخيرات والشر فاذا تعين بالنية عمل بحقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة اليه او الى

ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شئ لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاولين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاولين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

غيره من الرجال فاذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما اطلق عليه كناية مجازا للتردد في ذلك المتعلق الذي يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لانه يتعدد المعنى وقد يكون حقيقة فيهما وقد حقق في نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل ليعبر منه الى طول القامة وكثرة الاضياف والوجه ان يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق وتحقيقه ان مشتركا معنويا من قبيل المشكك فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما والوجه ان يقول عوامل بحقائقها او بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو البينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة اعني التمليك فهو مجاز عن ردك على ما قدمناه وقياس الباقي سهل وبهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هي معنى للفظ الدائر في الافراد وهي متنوعة الى غليظة وهي المترتبة على الثلث وخفيفة كالمترتبة على الخلع فايهما اراد صح ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال او طالق ثلثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم اعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع بها الطلاق اي معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعا وانتقاص عدده هو نفسه وقوع ذلك اللازم واستكماله بذلك وبارسال لفظ الثلاث بل لازم وقع الطلاق وقع اللازم الشرعي لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما اسلفنا في فاتحة كتاب الطلاق فارجع اليها فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل وتقرير المص ان الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعي ره ينتقص به وهو بناء على انه غيره وانت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها في المفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لا بد ان يستعقب في غير الفسخ النقصان مع الاتفاق على ان الثابت بالكناية ليس فسخا فلزمه نقصان العدد **قوله** ولا تصح نية الثنتين اي بالكنايات عندنا خلافا لزفر ره وقد بيناه من قبل في باب ايقاع الطلاق في التعليل بالمصدر **قوله** ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها ان ينوي بكل من هذه الالفاظ طلاقا او بالاولى طلاقا لا غير او بالاولى حيضا لا غير او بالاوليين طلاقا لا غير او بالاولى والثانية طلاقا لا غير او بالثانية والثالثة طلاقا فقط او بالاولى حيضا لا غير وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلثا او ينوي بالثانية طلاقا لا غير او بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير او بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير او بالاخريين طلاقا لا غير او بالاوليين حيضا لا غير او بالاولى والثالثة حيضا لا غير او بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا او بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا او بالاولى والثانية حيضا او بالثالثة طلاقا او بالاولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا او بالثانية حيضا لا غير ففي هذه احد عشر وجها تطلق ثنتين او ينوي بكل منها حيضا او بالثالثة طلاقا لا غير او بالثالثة حيضا لا غير او بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير او بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا او بالاخريين حيضا لا غير ففي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة او لم ينو بكل منها شيئا فلا يقع في هذا الوجه شئ والاصل انه اذا نوى الطلاق بواحدة ثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شئ بما بعدها ويصدق في نية الحيض لظهور الامر بالاعتداد بالحيض عقيب الطلاق واذا لم ينو الطلاق بشئ صح وكذا كل ما قبل المنوي بها نية الحيض لواحدة غير مسبوقة بواحدة منوي بها الطلاق يقع بها الطلاق ويثبت بها حالة المذاكرة فيجري فيما الحكم المذكور بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة اريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وان هذا فيما اذا كان الخطاب مع منهي

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين

من ذوات الحيض فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالأول طلاقا وبالباقي تربصا بالأشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التأكيد كأنت طالق طالق طالق لا قضاء لأنه خلاف الظاهر وعلمت أن المرأة كالقاضي لا يحل لها أن تمكنه من نفسها إذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه وقد ظهر مما ذكرنا أن حال مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال وهو خلاف ما قد يفهم من أنها حال سؤالها أو سؤال الأجنبي طلاقها بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع ثم على هذا القائل أن يقول المذاكرة التي يصير الكناية معها ظاهرة في الإيقاع إنما هي سؤال الطلاق لأن ذكر الكناية لصلاحيته للإيقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الإيقاع به فيمنع قبول دعواه عدم إرادة الطلاق بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بإيقاع الطلاق مرة فإن الإيقاع مرة لا يوجب ظهور الإيقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا في الإيقاع حتى لا يقبل قوله في عدم إرادته بالكناية **قوله** وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية إنما يصدق مع اليمين الخ قدمنا بيانه ونقله من الكافي للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الإلزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين والأقرب أنه لنفي التهمة وأصله حديث تحليف ركانة المتقدم فرع طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنا صارت بائنة وقال محمد رحمه الله لا تكون إلا رجعية ولو قال جعلتها ثلاثا صارت ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا تكون إلا واحدة لأن الواحدة لا تكون ثلاثا ولمحمد رحمه الله في الأول أن جعله الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه قلنا يملك البائن لما ذكرنا قريبا لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فإذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لا يملك البيع النافذ كان كالأصل ووصفه وكذا الطالق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولي واعلم أن الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحقه الصريح لا البائن إلا إذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع أنت طالق وقع الطلاق عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال إن دخلت الدار فأنت بائن ينوي الطلاق ثم أبانها فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وهنا العقد الحكمي باق لبقاء أحكام النكاح وانتفاء الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض ولهذا لحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع وأما لحوق عدم البائن البائن فلإمكان جعله خبرا عن الأول وهو صادق فيه فلا حاجة إلى جعله إنشاء لأنه اقتضاء ضروري حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغي أن يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لأنها ليست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله إخبارا عن أنها ثابتة فتجعل إنشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلنا لأنه صح تعليقه فلم يمكن جعله خبرا حين صدر وأورد عليه أن مثله لازم في أنت طالق أنت طالق فلزم أن لا يلحق الصريح الصريح أجيب بأنه لا احتمال فيه لأن أنت طالق متعين للإنشاء شرعا ولو قال أردت به الإخبار لا يصدق قضاء وفي مسألتنا لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذي وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق وقد عرف بهذا أن اللفظ الذي اصطلحوا عليه أن المراد من البائن الذي لا يلحق هو بلفظ الكناية لأنه هو الذي ليس ظاهرا في الإنشاء في الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق أنت طالق وأنت بائن وإلا لم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن إلا إذا كان كناية لأن الصريح أعم من البائن لأنه ما لا يحتاج إلى نية بائنا كان أو رجعيا والكناية ما يحتاج إليها غير أنه لا يقع بها في غير الثلاثة الألفاظ اعتدي استبرئي رحمك أنت واحدة إلا بائن وفي الخلاصة نقلا من الزيادات الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وإن لم يكن رجعيا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا إلا المقصود

التعليق

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار وإذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين

لأن البينونة سابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بالبائنة فما ذكر من أنه إذا أبانها ثم قال لها أنت طالق بائن يلغو بائن هو ما ذكر من عدم تقييد الرجعة فكان ذكره وتركه سواء وما زاد في تعليل الإلغاء في هذه المسئلة في الحاوي من قوله يلغو تصحيحا للكلام لأنه لا معنى له على تحرير الإلغاء اقتصر في الخلاصة وحمل ما ذكرنا على هذا أفاد وقع في جلب من الخلاف في واقعة وهي أن رجلا أبان امرأته ثم طلقها ثلاثا في العدة فالحق فيه أنه يلحقها لما سمعت من أن الصريح وإن كان بائنا يلحق البائن ومن أن المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجبه الوجه وفي الحقائق لو قال إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال كذا لأمر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين ينبغي أن يقع آخر وقال هذا ينبغي أن يحفظ

تتمة في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة تكذبهما ولو شهدا أنه طلق إحدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة ولو شهدا أنه طلق إحداهن بغير عينها ألزمناه الإيقاع على إحداهن استحسانا وفي القياس هو الأول ولو شهد شاهد على طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تجوز على طلقتين وتأتي هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة وإذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يد عدل حتى يأتي بالآخر لا يفعل ويدفعها إلى زوجها فإن كان الطلاق بائنا وادعت أن بقية الشهود بالمصر شاهدا عدل قال أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى تنظر ما يصنع في شاهدها الآخر فهو حسن ولو دفعها للزوج لا بأس به ولو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا والآخر أنه قال أنت علي حرام ينوي الطلاق فهي باطلة وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار وأنها دخلت والآخر أنه طلقها إن كلمت فلانا وأنها كلمته وكذا إن اختلفا في ألفاظ الكنايات وكذا في مقادير الشروط الذي علق عليها في التعليق والإرسال ومقادير الآجال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها وإذا شهد أنه قال إن دخلت الدار فلانة فهي طالق وفلانة سماها والآخر أنه قال هذه ما وقد دخلت فلانة تطلق وحدها لأنهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا إذا شهدا على تطليقة والآخر على واحدة جيدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف والأصل عنده أن ما في العطف تقع في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مراد فيه بخلاف المباين فلهذا لا تقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لأن الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحد ولا بمرادفها وسيأتي هذا الأصل في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهد أنه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على أنه سمى الأولى فقط جازت على الأولى ولو شهد أنه قال طالق البتة ثلثه والآخر على أنه قال بعض الطلاق لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهد أنه قال طالق والآخر أنه أقر بالطلاق جازت وكذا إن اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بأن شهد أنه طلقها يوم النحر بمكة والآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الأيام قدر ما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما ولو شهد اثنان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخران أنه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت إحدى البينتين فقضي بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها وإذا قال الرجل لامرأته أيتكما أكلت هذا فهي طالق فجاءت كل بينة أنها أكلته تطلقان جميعا وإن جاءت إحداهما فحكم بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها وإن كانت كلتاهما لم تطلقا

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق بنفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الأمر باليد وبلفظ المشيئة **قوله** إذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق يعني ينوي تخييرها فيه أو قال لها

ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر

طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك وان طال يوما او اكثر ولم تتبدل بالاعمال فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين قال ابن المنذر اختلفوا في الرجل يخير زوجته فقالت طائفة امرها بيدها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها وروينا هذا القول عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وفي اسانيدها مقال وبه قال جابر بن عبد الله وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والاوزاعي والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي وفيه قول ثان وهو ان امرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وابي عبيد وابن نصر وبه نقول لما يدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستأمري ابويك وحكى صاحب المغني هذا القول عن علي فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن علي رضي لم تستقر فقد روي عنه كقول الجماعة ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم ومن من نقل من التابعين القول الاول ممن نقل عنهم الثاني وقوله في اسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة واما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي لا تعجلي الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا ترى الى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا **قوله** ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جوابا في المجلس اورد لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكا كله لاكثر من واحد في زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وايضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد رحمه الله على انه يحنث وهو يقتضي ان تكون نائبة عنه وايضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها واجيب بان المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره بحيث لا يلحقه اثم على نفس الفعل ولا على الخلف في عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مخالف ان لم يفعل فيتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك الفعل هكذا او لزوم انتفاء الملك بالتمليك في الاعيان لا في تملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كاملا وهو الاختصاص ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد رح والمنع مذكور في الزيادات لصاحب المحيط واما المديون فوكيل وانما وقع عمله في الابراء لرب الدين باعتبار امره وثبت اثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته وفي هذا النظر بحريه في تطليقها نفسها بان يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتفاء لازمه لان للدائن ان يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال في الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان التمليك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي تم به التمليكات ولكونه تمليكا يتم بالمالك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى اذا بعته فقد اجزته والولايات لتضمنها اذا حكمت بين من شئت فقد اجزته فكان يقتضي ان لا يصح الرجوع والعزل فيها فلا حاجة اليه لهذا المعنى لابتنائه على ما ذكرنا لكن اذا كان الملك يثبت فيه بالمالك وحده لم يصح القول بانه يخالف

اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه يملك ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع **قال** ولا بد من ذكر النفس في كلامه او في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته

سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التي يثبت الملك عندها وانما خالفها بما ذكرناه باعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة وتمامه ان الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق اما لو قال طلقي نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره واذا فوض وهي غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها ان تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في هذا اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت خرج الامر عن يدها وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس وليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس لانه بمعنى اليمين اذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق **قوله** اذ مجلس الخ لو كانا يتحدثان فاخذا في الاكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الاكل فلو انتقلا الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو خيرها فلبست ثوبا او شربت لا يبطل خيارها لان العطش قد يكون شديدا يمنع من التامل ولبس الثوب قد يكون لتدعو اشهودا بخلاف ما لو اكلت ما ليس قليلا او امتشطت او اقامها الزوج قسرا فانه يخرج الامر من يدها لظهور الاعراض به ووجه في الاقامة انها يمكنها ممانعته في القيام او تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الاعراض وكذا اذا خاضت في كلام آخر قال تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره افاد انه اعراض عن الاول **قوله** ثم لا بد من النية اي نية الطلاق في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها بالاقامة على النكاح وعدمه ويحتمل تخييرها في غيره من نفقة او كسوة فاذا اختارت نفسها فانكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه الا اذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم انو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا اذا كانا في غضب واذا لم يصدق في القضاء لا يسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل **قوله** والقياس ان لا يقع بها شيء لان التمليك فرع ملك المملك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة لو قال اخترت نفسي منك واخترتك من نفسي ناويا لا يقع الا انا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضي الله عنهم **قوله** ولانه يملك الخ ظاهره انه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وانما يقتضي جواز اقامتها مقامه في الفراق والاتفاق مطلقا بل يقتضي ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس **قوله** ثم الواقع بها بائن روي عن زيد بن ثابت انه ثلث وبه اخذ مالك في المدخول بها وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم واحدة رجعية وبه اخذ الشافعي واحمد وثبت عن علي رضي الله عنه ان الواقع به واحدة بائنة توسطا بين الغايتين ورجح قول عمر وابن مسعود بان الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة وانت علمت انه اخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم اخراج الطلاق بما دل على البينونة من الالفاظ على ما سلفناه ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها اذا اختارتها لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة والا لم تحصل فائدة التخيير اذا كان له ان يراجعها في الحال شاءت او ابت وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر ان الواقع بها بائنة كما روي عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول علي رضي الله عنه وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ثم هو غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف انت بائن ونحوه فلا يقع الثلث في قوله اختاري وان نواها بخلاف التفويض بقوله امرك بيدك حيث تصح نية الثلث فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشان للطلاق فكان من افراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة رضي الله عنهم واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل اي بائن ونحوه لان الوقوع يقتضي نفس الالفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة وفيه نظر لانتفاء اجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلث قولا بكمال الاستخلاص **قوله** ولا بد

وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة

من ذكر النفس في كلامه او كلامها يعني او ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة وكذا اذا قالت اخترت ابي او امي او الازواج او اهلي بعد قوله اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهر وكذا اهلي لان الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت اهلي انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج وكذا تعلق بقول الزوج الحقي باهلك بخلاف قولها اخترت قومي او ذا رحم محرم لا يقع وينبغي ان يحمل على ما اذا كان لها اب او ام اما اذا لم يكن ولها اخ ينبغي ان يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة اذا عدمت الوالدين وانما اكتفى بذكر هذه الاشياء في احد الكلامين لانها ان كانت في كلامه يتضمن جوابها اعادته كانها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يختص البينونة في اللفظ العامل في الايقاع فلا حاجة معه ليس الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها تمت علة البينونة فيثبت بخلاف ما اذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم او لفظ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال او حال او مسكن وغيره وايضا الاجماع انما هو في المفسر من احد الجانبين والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا لامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له اصلا كاسقني وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي رح واحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لا بل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الاول وخروج الامر من يدها في الثاني ولو قالت اخترت نفسي او زوجي لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها الفا على ان تختاره فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة **قوله** وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ يعني ان ذكره الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة ووجهه بان الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة بان قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري اختاري اختاري او اختاري نفسك بثلث تطليقات او بما شئت فقالت اخترت يقع الثلث فلما قيد بالوحدة ظهر انه اراد تخييرها في الطلاق فكان مفسرا فالزام التناقض بانه اثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو ثلثا ونفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع منه فيه لانه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختيارة او اهلي او نحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة رض اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر والخصوص لفظ المفسر فمعلوم الالغاء واعتبار المفسر اعم منه حتى تخص بقرينة غير لفظية توجب ما ذكرنا من الوقوع بلا لفظ صالح ولو اختارت زوجها لا يقع شيء وعن علي تقع رجعية كانه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رض خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعدده علينا شيئا رواه الستة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعدد ويفيد عدم وقوع شيء **قوله** فقالت انا اختار نفسي المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كاختار نفسي سواء ذكرت انا او لا ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت انا اطلق حيث لا تطلق وكذا لو قال لعبده اعتق رقبتك فقال انا اعتق لا يعتق وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين عنها قالت لما امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير ازواجه بدأ بي فقال اني ذاكر لك امرا فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستامري ابويك وقد علم ان ابوي لم يكونا ليامراني بفراقه ثم قال ان الله تعالى قال لي يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها الى قوله اجرا عظيما فقلت ففي هذا استامر ابوي فاني اريد الله

ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر ولهما
ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو
لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت
اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لان الهاء للمرة فصارت كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلث فمع التاكيد
اولى ولو قالت قد طلقت نفسي واخترت نفسي بتطليقة

ورسوله والدار الآخرة ثم فعل ازواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت ففي لفظ المسلم بل اختار الله ورسوله واختر
رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا بالايقاع قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس من المتكلم فيه بل انهن لو اخترن انفسهن لطلقهن
لان المقصود الاستدلال باعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه في الحال وقول المصنف ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجوز في الاستقبال
هو احد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار حمله للحال خاصا او مشتركا فعليا يرجح هنا ارادة احد مفهوميه اعني الحال القرينة
تكون اخبارا عن امر قائم في الحال وذلك يمكن في الاختيار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الاخبار كما في الشهادة وكلمة الشهادة
بخلاف قولها اطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن طلاق قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في زمن واحد وهو محال وهذا بناء على ان الايقاع
لا يكون بنفس اطلق لانه لا تعارف فيه وقدمنا انه لو تعورف جاز ومقتضاه ان يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار **قوله** ولا يحتاج الى نية
الزوج ولا الى ذكر نفسها ذكره في الدراية لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق وهو التعدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد
عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى اذا قال لم انو لم يلتفت اليه ويفرق بينهما لا عدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير
كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وان كررها في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بالف ينوي الطلاق فاشترط النية مع المال
والتكرار فضلا عن احدهما وهذا لما عرف ان الاحوال شروط لكن في شرح الزيادات لقاضي خان لو كرر فقال امرك بيدك وامرك او فامرك بيدك
بالفاء او الواو فقالت اخترت نفسي وقال الزوج لم انو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه
وتحقيق في المسئلة خلاف بين المشائخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابي وغيرهما واشترط ابو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيخان ومنهم
من استشهد بما استشهدنا به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ولا يخفى ابعده في مسئلة الجامع الكبير
لان ذكر المال ظاهر في ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي اذا انكر ارادة الطلاق وما في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الامر
اي يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الامر لان الاصل ان اثبات اجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب انما هو بالنسبة
الى نفس الامر وليس كل ما يشترط في نفس الامر يشترط للقضاء غير انا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من انه لو انكر الطلاق بقوله لم انوه فالقول قوله لانتهاض الوجه
لان تكرار امره بالاختيار لا يصير ظاهرا في الطلاق لجواز ان يريد اختاري في المال اختاري في المسكن ونحوه وهو كاعتدي اعتدي اعتدي حيث يصدق في نكارته الطلاق لامكان ارادة
اعتدي نعم الله ومعاصيك ونحو ما في البدائع لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقالت نويت بالاولى طلاقا وبالباقيين التاكيد لم يصدق
لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط ظاهر وقال في الكافي في مسئلة الكتاب
قيل لابد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغي ان حذف النية في الجامع الصغير لذلك
قوله ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد الترتيب يعني هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة فان بطل الثاني في خصوص
هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك اعني الثلث التي ملكتها بقوله اختاري ثلث مرات اذ حقيقة الترتيب في الافعال لا الاعيان كما يقال
جاء حج لم يجز ابطال الآخر فيجب اعتباره **قوله** والكلام للترتيب ذكر في المبسوط لابي حنيفة رحمه الله وجهين احدهما ان الاولى نعت للمونث [illegible]
مذكورا بوصفه والمذكور ضمنا الاختيارة فكانها قالت اخترت الاختيارة او المرة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلثا والآخر انها انت بالترتيب

فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة ولو قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فيها الاليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل وبهذا تم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغو الى قوله في المكان فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه تيقن جواب قولهما ان كان لا يفيد من حيث الترتيب الى آخره لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلامهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منهما مدلوله ليس احدهما تبعا للآخر حتى اذا انتفى في حق الاصل انتفى في حق البناء هو الافراد واذا انتفى يبقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع ولذا اختار الطحاوي قولهما والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون احد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والافراد من ضروراته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقيا او اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد شنع بعضهم تعليل ابي حنيفة رحمه الله بان الترتيب ثابت في اللفظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فتصدق وصفها بالاولى والوسطى الخ باعتبار ان قوله اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت نفسك الاولى او كلمتك الاولى ولا معنى له اصلا بعد فرض هذا وصفا للطلاق به والبعد من رام الدفع عنه بان المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلامه قط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت اختيارة او الاختيارة او مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة او اختيارة واحدة يقع الثلاث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بمال لزم كله **قوله** فهي واحدة يملك الرجعة وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية ووجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به اليها والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به ما ملكته لانها لا تملك الا ما ملكت الا ترى انه لو امرها بالبائن فاوقعت الرجعي او بالعكس وقع ما امر بها لا ما اوقعته فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا لاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع به شيء الا عند زفر رح وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد **قوله** لكن بتطليقة قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا لطلقي نفسك اجيب بان آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له **فرع** قال انت طالق ان شئت واختاري فقال شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختاري اختاري اختاري بالف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الاوليان بلا شيء والثالثة بالف لانها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشرط وكذا لو قالت اخترت نفسي اختيارة او واحدة او بواحدة ولو قالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة تطلق ثلاثا بالف على قول ابي حنيفة رح وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء ان قالت اخترت الاولى او الوسطى وبالف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحد فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض فبعد ذلك تسئل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى او الثانية وقعتا بلا شيء او الثالثة بانت بالف ولو قالت اختاري واختاري واختاري بالعطف بالالف فالالف مقابل بالثلث للعطف فلو قالت اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شيء لان الواحد لو وقعت ثبات البدل ولم يرضه ولو قالت اخترت الاولى او الثانية او الثالثة وقعت ثلث بالف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع بثلث الالف ولو قال لها اختاري

فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير

فصل في الامر باليد وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة ... ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت

والواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ... ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض

محذوف وهو الاختيارة ... التطليقة لانها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ... بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل

مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث ... لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم ... لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما

ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم ... امرين وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت

لم يتناوله ... فكان امرين ... وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا

والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك ... ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين

امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل

... عند ابي حنيفة رح لا غير ان من للتبعيض ... عنه بما تملك ان تطلق نفسه ... الا انها للبيان وهي معروفة

من ثلث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة او ثنتين ... ذكر النفس او ما يقوم مقامه

فصل في الامر باليد قدم التخيير لتايده باجماع الصحابة رضي الله عنهم والامر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس او ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلث فانها تصح هنا لا في التخيير واعلم ان التفويض بلفظ امرك بيدك لا يعلم فيه خلاف وصحة قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لانه يملك تطليقها فله ان يملكه بكل لفظ يفهم التفويض له منه لفظ اختاري نفسك يفيده فعلى هذا انما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتايده باجماع الصحابة رضي الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه وان لم يعلم فيه خلاف احد لم يقع به ذلك النقل صريحا وانما افترق البابان في القياس والاستحسان في الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملكه به المملك اذ لا يكون لاحد في ملكه اوسع مما في ملك مملكه فهذا قياس وفيه البابان فان ايقاعها بلفظ اخترت نفسي يقع في جواب امرك بيدك كما يصح في اختاري واما الايقاع بلفظ امري بيدي ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا نحكم

حول الحمى ومنزل الزوال مخافة **قوله** وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا اي ينوي التفويض في ثلث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلثا والوقوع مبني على صحته جوابا فافاده بقوله لكونه اي الامر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه وهو منقوض بطلقي نفسك فانه تمليك كالتخيير ولا يصح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شيء الا عند زفر رح وجواب شمس الائمة بان الاختيار اضعف من لفظ الطلاق وكذا لو قالت طلقت نفسي فاجازه جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وان اجازه ولا يملك هو الايقاع به فصلح الاقوى جوابا للاضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الاقوى يصلح جوابا للاضعف بلا عكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا او مساويا وفرق قاضي خان في شرح الزيادات بان قولها اخترت مبهم وقوله طلقي نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في احد الجانبين ثم افاد الثاني بقوله والواحدة اي التي تعلقت بها صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث وكان الظاهر ان يقول باختيارة واحدة لانه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على ان موجب وقوع الثلث لو صرحت بقولها باختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فان الاختيارة ليست الا المرة من الاختيار واذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الخيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بان يقع الثلث ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة واعرضت عنه بمرة واحدة ومالا يحصى من هذا الايراد به الا البلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والاعراض منتهاه واورد بعضهم انه ينبغي ان يقع به طلقة واحدة لان بواحدة تحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل امرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة تحتمل كلا من ارادة الموصوف طلقة او اختيارة فاذا نوتها ولم تكن له نية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو مبنا لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما اذا اجابت بطلقت نفسي واحدة حيث يقدر الطلقة وهو بخصوص العامل ايضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسي واحدة حيث تقع واحدة بائنة فاخترت نفسي بواحدة حيث تقع ثلث وانما كان التطليقة بائنة لان التفويض انما يكون في البائن لانها به تملك امرها وانما تملكه بالبائن لا بالرجعي واذا علم ان الامر باليد مما يراد به الثلث فاذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعدما طلقت نفسها ثلثا فالجواب يحلف انه ما اراد به الثلث **قوله** وقد حققناه من قبل اي في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع **قوله** ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد

وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما

لم يدخل فيه الليل الخ حاصله ان قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين احدهما انها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا تملك طلاق نفسها غدا اي نهارا وتملكه ليلا والفرق مبني على انه تمليك واحد في اليوم وغدا وتمليكان في اليوم وبعد غد وجعله زفر رحمه الله في الكل تمليكا واحدا لم يثبت الخيار بعد الغد اذا ردته اليوم قياسا على طالق اليوم وبعد غد حيث لا يقع الا طلاق واحد فكذا يكون هنا امر واحد وعلى امرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت فاذا وقع يتصف بها الى جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقا آخر اما الامر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير ان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصد تقييد الامر المذكور بالاول وتقييد امر آخر بالثاني والا لم تكن لهذه الطفرة معنى واذا كان كذلك يصير لفظ اليوم مفردا غير مجموع الى ما بعده في الحكم المذكور لانه صار عطف جملة اي امرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد فلو قال امرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فانه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله امرك بيدك في يومين وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على ان في المجلس ما روي ابن رستم من انه اذا قال طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا يمتنع قياسه والقياس على طالق اليوم وبعد غد فيثبت فيه الحكم في الغد لانها طالق فيه ايضا بخلاف امرك بيدك اليوم وبعد غد فان الاتفاق على ان لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التمليك المضاف الى اليوم وغدا لانه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى اعني انه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع **قوله** عن ابي حنيفة في مسئلة امرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا رواه ابو يوسف رحمه الله عنه ووجهه ان المرأة لا تملك رد ايقاع الزوج لو تنجز فكذا لا تملك رد الامر لانه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالايقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها ان تختار نفسها في الغد ومقتضى هذا ان لها ان تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه ايضا وصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها في اليوم وغدا فاشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الامر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك ينتهي شرعا باحد الامور من انقضاء مجلس العلم او الخطاب بلا اختيار شيء او بفعل ما يدل على الاعراض او اختيارها زوجها فاذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الايقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بهذه الى الاجماع على خلاف القياس مع ان توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الاجارة والاوجه تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثاني ان توقيتها ليس بمدة معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية اذ قد يمتد يوما ويومين او اكثر وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة واما تقريره بان المخير بين الامرين انما له اختيار احدهما فكما انها اذا اختارت نفسها ليس لها ان تختار زوجها فتعود الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها ان تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها اعني ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد وانما يرتد شطر التمليك وقد قلنا ان هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية ابي يوسف رحمه الله على اختيارها زوجها ولا شك انها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونه يكون بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض او لا اطلق ويكون هذا اعطاء لنفس الحكم ويكون هو مستند ما فرع في الذخيرة حيث قال لو جعل امرها بيدها او بيد اجنبي يوما فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن اصحابنا وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموجودة في الامر باليد

وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا على حدة بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما ولم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل

حيث صرح في الرواية انه لا يرتد بالرد وفي الكتاب انه يرتد اعني قوله في قوله امرك بيدك اليوم وغدا وان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها فان المراد برده اختيارها زوجها اليوم وحقيقته انتهاء ملكها وهناك المراد ان تقول رددت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد ونقلوا انه يرتد بالرد ودفعوا بانه يرتد بالرد عند التفويض والعقد فلا يرتد كما اذا اقر بمال الرجل فصدقه ثم رد اقراره لا يصح وحاصله انه كالابراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط والتمليك اما الاسقاط فظاهر واما التمليك فقال تعالى وان تصدقوا خير لكم سمى الابراء تصدقا ومما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكر في الفصول لو قال لامرأته امرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الامر من يدها وقال في موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق بائنا ووفق بان المخرج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال اگر ترا زنم فامرك بيدك ثم طلقها بائنا ثم خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر بيدها ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة اضافته كما في المسألة الآتية اذا قال لها امرك بيدك يوم يقدم فلان وسياق الكلام فيها **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران حتى لو اختارت زوجها اليوم لها ان تطلق نفسها غدا لانه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضي باختيارها الزوج قال السرخسي وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت جزاء عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والاصل استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص ابي يوسف رحمه الله الا انه مخرج الفرع المذكور واعلم انه يتفرع على هذا عدم جواب خيارها نفسها ليلا فلا تنفصل عنه لانه اثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بامر آخر كقوله امرك بيدك اليوم حيث يمتد الى الغروب فقط بخلاف قوله امرك بيدك في اليوم انما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الاصل في انت طالق غدا وفي غد وفي جامع التمرتاشي امرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو امر واحد في ظاهر الرواية لانها اوقات مترادفة فصار كقوله امرك بيدك ابدا فيه تدبر وتامره وعن ابي حنيفة رحمه الله ثلث امور لانها اوقات حقيقة **قوله** وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان الخ ولذا ان تطلق نفسها يوم يقدم وهذا ايضا مما يفارق به سائر التمليكات فانها لا تصح اضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لانه انما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الاعيان كما تقدم وقد يخرج على انه من معنى التعليق فان قيل يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال امرك بيدك فطلقي نفسك ثلثا للسنة او ثلاثا اذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلثا للحال ولو قامت عن مجلسها قبل ان تقول شيئا بطل لان قوله فطلقي نفسك ثلثا تفسير للامر والامر باليد يحتمل الثلث انما لا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر باليد يقتضي المالكية والامر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال ولا تثبت المالكية ولهذا لو قال امرك بيدك ونوى السنة او التعليق لا يصح فاذا الحقه بيان تفسير اثبت ما يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق فالجواب ان معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التخيير للتعليق لانه ليس من افراده ولا متعلقا به بعد ما ذكر ان قوله فطلقي نفسك ثلثا للسنة واذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا باللفظ ثم لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعني في آخر فصل اضافة الطلاق وانما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير ممتد لما حققناه هناك من ان المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لانه المقصود **قوله** واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه اي في اول فصل الاختيار والذي ذكره هناك هو ان التمليك يستلزم

ثم اذا كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق
لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض ولا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخلع ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام
لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض
وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع
للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير وذكر في غيره
انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رح ولو قالت ادع ابي استشيره
او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها

جوابا واستدل عليه بمنافي المجلس ولم يستدل على انه تمليك بقوله لان المالك هو الذي يتصرف برأي نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي
يتصرف لنفسه والا فالوكيل يتصرف برأي نفسه وكانه تركه للعلم بان التفويض الى الاجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه وتحقق ما ذكر في ذلك
ليندفع الوكيل في المشيئة ان شاء الله تعالى وقدمنا ما في قوله يستدعي جوابا في المجلس فالصواب اسناد الاقتصار على المجلس الى اجماع
الصحابة رض حيث قالوا لها المجلس **قوله** ثم ان كانت تسمع اي تسمع لفظه بالتخيير اعتبر مجلسها ذلك اي مجلس سماعها وان كانت لا تسمع فمجلس علمها على ما
ذكرناه ولان هذا تمليك فيه معنى التعليق اما انه تمليك فلما تقدم من انها عاملة لنفسها واما ان فيه معنى التعليق فلان الايقاع وان كان من غير الزوج
الا ان الوقوع مضاف الى معنى من قبل الزوج فكانه قال ان طلقت نفسك فانت طالق فيثبت للتفويض احكام تترتب على وجه التمليك واحكام
على جهة التعليق والظاهر ان كلها مما يمكن ترتبها على التمليك فصحة التوقيت على انه تمليك منفعة وقدمنا ان الحاقها بالعارية اقرب ثم صحة التوقيت
ما يوجب التوقف على ما وراء المجلس كان يقول امرك بيدك شهرا او جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك
الذي تحقق في الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته اول الامر بناء عليه لانه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا انه لا يحتاج الى القبول
واما اقتصاره على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف انه تمليك وهو يستدعي جوابا في المجلس وتقدم ان الجواب الذي يستدعيه التمليك
في المجلس القبول وليس الكلام فيه بل امتداده في تمام المجلس اثر الملك وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه باجماع الصحابة رض فان قلت قد وقع
في كلام بعضهم ان تطليقها نفسها قبول قلنا لا يتم اذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه لها واما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق
والتمليك لانه لو ثبت لزم بلا اقتضاء ولا رضاء فقد ظهر ان جميع الآثار يصح ترتيبها على جهة الملك هنا ولا حاجة الى اعتبار جهة التعليق وقولهم لانه
قال اذا طلقت نفسك فانت طالق يمكن اجراؤه في الوكالة كانه قال اذا بعت متاعي فقد اجزت بيعك والولاية كان الامام قال له اذا قضيت
فقد انفذت قضاءك كما قدمنا والاعتبارات التي لا اثر لها كثيرة دائرة الامكان **قوله** وقوله اي قول محمد رح ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف
انه قطع لما كانت فيه فلو لبست من غير قيام او اكلت قليلا او شربت او قرأت قليلا او سبحت او قالت ادعوا الي ابي استشيره او الشهود
واشباهه مما هو عمل الفرقة من غير ان تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله في قوله اختاري وطلقي
نفسك وانت طالق ان شئت وكذا اذا قال لاجنبي امر امرأتي بيدك فطلقها اذا شئت او ان شئت او اعتق عبدي اذا شئت بخلاف قوله
بعه ان شئت لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت او امتشطت او اختضبت او جامعها يبطل وذكر المرغيناني ان لم تجد
من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه
كما لا تعذر فيما اذا اقيمت كرها وقيل اذا لم تنتقل لم يبطل وان انتقلت ففيه روايتان ولو نامت قاعدة او كانت تصلي المكتوبة او الوتر
فاتمتها او النفل فاتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت الى الشفع الثاني يبطل الا في سنة الظهر عن محمد رح وهو الصحيح ولو قال امرك
بيدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لان قولها لم لا تطلقني ليس ردا فتملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لان قولها
لم الى آخره كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لان الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الاول وافاضة في غيره وليس هذا كذلك
بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق **قوله** والاول اصح اي ما ذكر في الجامع الصغير اصح مما ذكر في غيره وهو الاصل لان من جزئه

وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشية ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحد عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق وهو رجعي ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس حقها ولو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رح انه لا يقع شيء بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

امر قد يستبد لاجل التفكر لان الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم ولانه نوع جلسة فلا تتغير به الثابت للجالس **قوله** وان سارت بطل قيل لو اختارت نفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لانها لا يمكنها الجواب باسرع من ذلك فلا يتبدل حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة او المحمل اولا ولو كانت راكبة فنزلت او تحولت الى دابة اخرى او كانت نازلة فركبت يبطل خيارها وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره في الغاية لانه والحالة هذه كالسفينة **قوله** والسفينة كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها بل الى غيره من الريح ودفع الماء فيما اذا كانت جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل بتبدل المجالس وعن ابي يوسف رحمه الله ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت يبطل خيارها

فصل في المشية

قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك ح تعين عليها سواء اوقعتها بلفظ واحد او متفرقا وانما صح ارادة الثلث لان قوله طلقي نفسك معناه افعلي فعل التطليق فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير ان العموم في حق الامة ثنتان وفي حق الحرة ثلث وقد تقدم **قوله** وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت اي رجعيا او قالت قد اخترت نفسي لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بابنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من الفاظه التي تستعمل في ايقاعه كناية فقد اجابت بما فوض اليها بخلاف الاختيار ليس من الفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت ابتداء ابنت نفسي توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل وان لحقه اجازة وانما صار كناية باجماع الصحابة فيما اذا حصل جوابا للتخيير غير انها زادت وصفا تعجل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الاصل لا يقال قد صح جوابا للامر باليد لانا نقول الامر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص اجماعهم على التخيير وهذا لان قوله امرك بيدك ليس معناه الا انك مخيرة في امرك الذي هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير حيث جعل مراد كان جوابا لما هو ادنى للعلم بان خصوص اللفظ ملغي بخلاف طلقي لانه وصف طلب الطلاق لا التخيير فيه بين عدمه ثم اذا اجابت باخترت نفسي خرج الامر من يدها لاشتغالها بالايفاء في ذلك الامر وعن ابي حنيفة رح انه لا يقع بجوابها بابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت وصار كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة او قال ثلثا فطلقت الفا لا يقع شيء والجواب بمنع المخالفة فيما في الاصل في الاولى ظاهر وكذا في الثانية لان الايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا والخلاف فيما نحن فيه لانها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذ الوصف تابع واعلم ان المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيما في الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غير اذ لو وقعت على الموافقة اعني الثلث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والالف والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى فلان ينظر الى انه الاصل في الايقاع والخلاف في المعنى غير خلاف فيه بالاحرى **قوله** ولو قال لها طلقي نفسك ليس له ان يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لانه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وكذا قوله لاجنبي طلقها او قول اجنبي لها طلقي فلانة لانها عاملة فيه لغيرها وكذا المديون في ابراء ذمته بقول الدائن له ابرء ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمناه والتوكيل استعانة فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وابرء ذمتك اذ كل ما يمكن اعتباره في احدهما يمكن في الآخر وان عدم الرجوع ايضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على انه يثبت بلا توقف على القبول تفريعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى تفريعه على معنى التعليق المستخرج

لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال الرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس
وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها
وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت
في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة
ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار
لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقع واحدة
كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه
فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسألة الاولى لانها ملكت الثلث اما ههنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا

لانه يكون مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم ان لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية واما الاقتصار على المجلس فبالاجماع على خلاف القياس
قوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده وكذا اذا شئت واذا ما شئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول ابي حنيفة
في اذا انها عنده بمنزلة ان فلا يقتضي بقاء الامر في يدها وجوابه المصنف بانها يمكن ان تستعمل شرطا وان تستعمل ظرفا والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك
وصار كما اذا قال في اي وقت شئت ولانها انما تملك ما ملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه قبلها وبعد فيتضح ان هذا اضافة للتمليك
لا تنجيز ومن فروع ذلك انها لو طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع اذا ذكر المشيئة ويقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا في اول باب ايقاع الطلاق ما يوجب
حمل ما اطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى **قوله** واذا قال الرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها
في المجلس وبعده وله اي للقائل ان يرجع لان هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم وله ان يرجع فلا يقتصر وللوكيل ان يفعله بعد المجلس بخلاف قوله
لها طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال
زفر هذا والاول وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه وكيلا كان او مالكا ينصرف عن مشيئته فصار كما اذا
قال لرجل بع عبدي هذا ان شئت لا يقتصر وله الرجوع اجيب بان ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في انه اذا اثبت له المشيئة نصا صار
موجب اللفظ التمليك لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وان كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف بمشيئة
نفسه ابتداء بغير مشيئة ذلك امتثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق
فيلغو وصف التمليك ويبقى الاذن والتصرف بمقتضى مجرد الاذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه اشكال لان البيع فيه ليس معلق بالمشيئة بل المعلق فيه التوكيل
بالبيع وهي تقبل التعليق وكانه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بادنى تامل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس
قوله معلقا بالمشيئة غيره بل هو قد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق الوكيل او عدم القبول فيرتد والى هنا
تم من المصنف ان الملاك وصف التمليك مرة بانه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ومرة بانه عامل لنفسه بخلافه ومرة بان يعمل بمشيئة نفسه وليس
الرأي والمشيئة العمل لنفسه واحدا فان العمل بالرأي العمل بما يراه اصوب من غير ان يؤخذ في مفهومه كونه لنفسه او لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته
باختياره ابتداء بلا اعتبار على مطابقة امر آمر من غير اعتبار معنى الاصوبية في متعلقها بل هي والارادة تخصيص الشيء بوقت وجوده
والاول تنقضه الوكالة وهو مثل قوله بان العامل برأيه هو الذي لا يقلبه على رأيه ما يفيده في فعل او ترك والوكيل وان كان بوكالة عامة مطلقة
معه ما يقلبه في جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل ان لم يفعل فانه اذا ذكره فرضي كان وعد الفعل باستعانة
به فيه فاذا لم يفعل اخلف الوعد بخلاف الزوجة فانها لا تعد مخلفة بترك الطلاق اذ لم يقسر ما عليه فاسد شرعي فظهر ان الوكيل ليس عاملا
برأي نفسه مطلقا والثاني بالمديون بابرائه نفسه وقدمنا ما في جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض الى الاجنبي فانه قطعا ليس
لتطليق زوجة غيره عاملا لنفسه والثالث اقرب والله اعلم فالمعول عليه **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة

لانها لما ملكت ايقاع الثلث كان لها ان توقع منها ما شاءت كالزوج نفسه ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة
وقالا تقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا وكقولها طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة في هذه المسئلة

ولو امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا او رجعيا وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشية الثلث ليست بمشية للواحدة كايقاعها وقالا يقع واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان المأتي به مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر

وابنت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي في جواب عتق نفسك اعتقت نفسي فلانا حيث يقع ثلث في الاولى ورجعي في الثانية والثالثة وتطلق هي وتعتق هو دون من قرناه ولابي حنيفة رح انها اتت بغير ما فوض اليها مبتداة فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا يخرج الجواب عما بعد الاولى من الصور لامتثالها بها ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر وجوابها في ابنت نفسي ان معناه طلقت نفسي بائنا والباقي ظاهر وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاولى اي الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكذا اذا صرح بها الثلاث في ضمنه فيثبت القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه كذا في المسئلة الاولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلثا ملكتها بجميع اجزائها اما هنا فلم يملك الثلاث لانه انما ملكها الواحدة ثم اتت بما فوض اليها فلم يصح باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الامر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انها ملكت الواحدة وهو شيء يفيد الواحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلث فانها تقيد ضده وهذا معنى قوله الثلث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا تركيب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستعقب ايرادا وقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تكن بايقاعها موافقة لما ملكها فاعترض بان مذهب اهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها وهذا اجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف نحو الطلاق وانت تعلم ان هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح اصلا لم يصح قطع نظر غيريته لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه ان يقال فوض اليها الواحدة وليست الثلاث اياها فلا تكون مفوضة اليها فما يراد منه الزام بحجر ولا اصطلاح وغاية ما يلزم بعد التزامه ان المصنف عبر عما ليس اياه بلفظ غيره مجازا قوله ولو امرها بالطلاق يملك رجعتها فطلقت بائنا او امرها بالبائن فطلقت رجعيا وقع ما امر به ومعنى الاول ان يقول طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فحاجتها بعد ذلك الى الاصل الايقاع لا الى ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا او مخالفا لا عبرة به لان الوقوع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا كله ان المخالفة ان كانت في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض واحدة فطلقت ثلثا على قول ابي حنيفة رح او فوض ثلثا فطلقت الفا وتقدم تخريج ابنت على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك قوله ولو قال لها طلقي نفسك ثلثا الخ تقدم انه اذا قال طلقي نفسك ثلثا تملك ان تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلثا فلو انه زاد قوله ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلث معلقا بشرط هو مشيتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا واحدة وتقدم انه لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح وتقع واحدة عندهما فلو زاد قوله ان شئت فالخلاف على ما هو عليه فابو حنيفة رح يقول مشية الثلث ليست مشية الواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشية الثلث مشية الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك قوله ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة منها وهي اتت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى لانه ليس من كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في كلامها لانها لم تقل شئت طلاقي ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها فظاهر بحرد النية والنية لا عمل في غير المذكور الصالح للايقاع به

وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما
او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها
كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت
فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق

نحو استقصى حتى لو قال لها شئت طلاقك ينويه يقع لان المشية تنبئ عن الوجود لانها من الشيء وهو الموجود بخلاف ما لو قال اردت طلاقك لانه لا ينبئ
عن الوجود بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل وغايته الامران المشية والارادة في صفة العباد مختلفان وفي صفة الله سبحانه مترادفان كما هو اللغة فيهما
مطلقا فلا يد فيهما وجود اي يكون الوجود جزء مفهوم احدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا ما اراده لان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لا لذات
الارادة لانها ليست المؤثرة للوجود لان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للمقدور والمعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة
تؤثر على وفق الارادة غير انه لا يتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلنا في المشية بخلاف العباد وعن هذا لو قال اراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال
شاء الله بخلاف احب الله طلاقك او رضيه لا يقع لانهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت للارادة يكون عن طلبه فيستلزم
عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام نعم فرق بين الطلبين انه في الكلام طلب تكليف وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفا
دائما كما في الطلب المعبر عنه بكره ولو اجيب بان ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الافعال واذ قد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون
فرق ابي حنيفة رح بين المشية والارادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى وسيبقى الشان في كون المشية تنبئ
عن الوجود في حق العباد للاشتقاق عن اسم الشيء وهو الموجود فيه نظر فان الشيء وان وقع على غير الاعيان الا ان كونه في مفهومه
الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الارادة تنسب الى ما لا يعقل بخلاف المشية كما ذكر شمس الائمة
لا اثر له الا لو لم يكن مجازا عقليا او مجازا لغويا في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشية ايضا الى ذلك انشد ابو السكيت في اصلاح المنطق
يا مرحباه بحمار عفراء اذا اتى قربته لما شاء من الشعير والحشيش والماء وهو من شواهد قصر الممدود فتوجيهه ان يعتبر العرف فيه لان يكون العرف
العام من انه الشيء الموجود والمشية منه بان يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشيء الكائن مصدر الشاء فانه يقال شاء شيئا على ارادة الحاصل
بالمصدر لم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي
فمعناه اوجدته عن اختيار بخلاف اردت كذا مجردا فيفيد عرفا عادة عدم الوجود واحببت طلاقك ورضيته مثل اردته ولو قال شائي طلاقك
ناويا للطلاق فقال شئت وقع ولو قال اريديه او اهويه او احبيه او ارضيه ينوي الطلاق فقالت اردت احببته اردته هويته رضيته
لا يقع بخلاف ما لو قال اردت او احببت الى آخرها فانه يقع وان لم ينو لانه تعليق لا يفتقر الى النية وهو كقوله ان كنت تحبيني تعلق
باخبارها فانه يقع ولم ينو فاذا الحبست تنجز **قوله** وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى كشئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء او لامر كائن كشئت ان كان ابي
في الدار وهو فيها طلقت لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل يلزم عليه انه لو قال هو كافر ان كنت فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله ان يكفر وهو منتف
اجيب بان من المشايخ من قال بكفره فاللازم حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن ابي يوسف يفرق بان هذه الالفاظ جعلت كناية
عن اليمين بالله تعالى اذا جعل تعليق كفره بامر في المستقبل فكذا اذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم والاوجه ان الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله غير
واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب ان يكفر فليكفر بها اللفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل
عنده وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود اللفظ متكلما بقوله هو كافر حقيقة **قوله** ولو قال انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت
او متى شئت او متى ما شئت فردت بان قالت لا اشاء لا يكون ردا ولها ان تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى فانها لعموم الاوقات

... [illegible] ولكن يستعمل للوقت لكن الامر [illegible] في يدها [illegible]
[illegible] في [illegible] وحينئذ لا يتعلق [illegible] حتى [illegible] لان كلا توجب [illegible] الا [illegible]
[illegible] شئت [illegible] فنفسها [illegible] بعد [illegible] فطلقت نفسها [illegible] واحدة [illegible]
[illegible] طلقت نفسها [illegible] لانه [illegible] في [illegible] لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة

لها [illegible] لايقاع [illegible] قوله [illegible] وان قال انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشيئة
لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو
ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان

[illegible] في الحال شيئا بل اضافة الى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد
[illegible] قال في اي وقت شئت [illegible] لم [illegible] لانه لم يملكها في الحال [illegible] طلقي نفسك اذا شئت [illegible]
[illegible] في حال [illegible] صح [illegible] فطلقت نفسها [illegible] شيئا [illegible] انما يقع [illegible]
[illegible] الملك بخلاف [illegible] طلقت نفسها في هذه المسألة فانه وان وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق [illegible] قوله طلقت [illegible] للشرط الذي
هو مشيئة الطلاق على تقدير ان المشيئة تقارن الايجاد ثم [illegible] تملك تطليق نفسها الامرة واحدة لانها تعم الازمان لا الافعال بخلاف كلما قوله
واما [illegible] اذا واذا ما [illegible] كمتى عنده انما كان حكما كمتى يكون حكما الاذا عند ابي حنيفة [illegible] وان كانت اذا تستعمل للشرط المجرد عن معنى الزمان
كما تقدم لكنها تستعمل للوقت ايضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله انت طالق
[illegible] الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق الا بيقين وهو ان يراد به الزمان وهو غير لازم من استعمالها لا تعلق
الا بالموت وفي انت طالق اذا شئت صار الامر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس الا بيقين وهو ان يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها
[illegible] فقال [illegible] مجرد الشرط لنا ان نقول يتقيد بالمجلس كما لو قال انت طالق ان شئت فانه يتقيد بالمجلس [illegible] يحلف لنفي التهمة
على نحو ما تقدم انه [illegible] قوله [illegible] في فصل اضافة الطلاق بهذا الوجه في تقريره غير هذا وهو ان قوله اذا شئت يحتمل ان تعليق
طلاقها بالشرط هو مشيتها وانه اضافة الى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى اذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بان قالت شئت وقع الطلاق
[illegible] طلقت نفسها [illegible] مضافا الا اقال المصنف من ان الامر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لان معناه انه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج
بالشك في المراد وان تحقق الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس او الزمان فلا يخرج كمتى وقد صرح اتفاقا متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لانها تعلق
في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد وعلى ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط او المضاف اليه الزمان هو مشيئتها
يقع طلاقه وعلى هذا [illegible] في قوله انت طالق كلما شئت له ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق لمباشرة الشرط بحرف التعليق عند
ان تقول شئت طلاقي او طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وانما يقع كما مر في قوله طلقي نفسك كلما شئت قوله لان التعليق [illegible]
[illegible] موجب [illegible] الافعال [illegible] مقتضاه اذا طلقت نفسها ثلثا وعادت اليه بعد زوج ان تملك طلاقها [illegible]
[illegible] لكن التفويض انما ينصرف الى الملك القائم لا الى حدوث الملك الذي هو معنى الملك المعدوم [illegible] الى عدم
[illegible] وذلك التقدير هو الثلث فان طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها
[illegible] تعلق [illegible] بعد زوج [illegible] قوله [illegible] ان تعلق
[illegible] فان عند [illegible] تملك تنتين لما عرف في مسألة الهدم قوله وليس لها ان تطلق نفسها
[illegible] الا [illegible] على هذا الاتفاق نفسها اثنتين فلو طلقت نفسها ثلثا او اثنتين وقع عندهما واحدة وعنده
لا يقع شيء بناء على ما تقدم من ان ايقاع الثلث ايقاع الواحدة وعندهما خلافا له قوله ولو قال انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء
ويتقيد بالمجلس [illegible] قوله [illegible] شيئا ما كان [illegible] حيث واين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة
فيقتصر على المجلس [illegible] لو [illegible] انت طالق [illegible] بالحال كقوله انت طالق وقلت [illegible] بانه يحمل الظرف مجازا
[illegible] من [illegible] بالكلية [illegible] الاستعمال [illegible]

يوجب عبارة حتى وهما وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة معناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة فبقى ايقاع الزوج وان لم تحضره النية يعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضى الله عنه قال فى الاصل هذا قول ابى حنيفة رح وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اى صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيئتها ليكون لها المشية فى جميع الاحوال اعنى قبل الدخول وبعده ولابى حنيفة رح ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض فى وصفه يستدعى وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه قال ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اى عدد شاءت فان قامت من مجلسها بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب فى الحال فيقتضى الجواب فى الحال

الحمل على ان اذا للابهام الثابت وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام اعترض فى بعض شروح المنار بانه لا يحتمل مجازا عن الشرط فالشرط الذى فيه معنى الحقيقة اولى الشئ فان اراد بالمعنى الحقيقى الزمان كمتى حتى لا تخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى بحيث معين بل معناها المكان وان اراد معنى الظرفية مطلقا فليس معناها اصلا بل اسم الظرف اصطلاح مبنى على تشبيه المكان والزمان بالاوعية للامتعة وهى الظرف من لغة **قوله** فوجب اعتباره عموما كما انت طالق فى اى وقت شئت فى حقه وفى انت طالق غدا **قوله** ولو قال لها انت طالق كيف شئت طلقت فان كانت غير مدخول بها طلقت بائنة وخرج الامر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة وان كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت او لا ثم ان كانت شئت بائنة او ثلثا وقد نوى الزوج ذلك يصير كذلك للمطابقة وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلثا او على القلب فهى رجعية لانه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقى ايقاع الزوج بالصريح ونيته لا تعمل فى جعلها بائنا او ثلثا ولو لم يحضر الزوج نية لم تذكره فى الاصل ويجب ان يعتبر مشيئتها حتى لو شاءت ثلثا او بائنا ولم ينو الزوج يقع او وقعت لانها على اختلاف الاصلين اما على اصلهما فلانها ما شاءت نفسه فى الثبات لم يصف لان كيفيته للحال والزوج لو اوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلثا عند ابى حنيفة رح لان الارادة عنده التفويض فكذا يقبل فيقع كذلك واما عندهما فكذا يملك ايقاع البائن الثابت لانه تفويض اصل الطلاق اليها على اى صفة شاءت كذا فى الكافى وهذا الذى ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول ابى حنيفة رح واما عندهما فما لم تشأ لم يقع شئ وعلى هذا الخلاف انت حر كيف شئت يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة الى الاصل ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل صفته وعندهما يتعلقان معا بمشيئتها وما قيل ان العتق لا كيفية له فيقع اتفاقا يوهم عدم الخلاف بل ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الطلاق وعدم كيفية زائدة على اصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا ومنجزا وعلى مال او بدونه على وجه التدبير وغيره مثلا فما ياتى من الزمان ومقيدا به **قوله** فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيئتها لانه لو لم يتعلق بمشيئتها حتى وقع وهى موصوفة البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف بمشيئتها وقد كان كل وصف لمشيئتها اخلى والامام بقول حقيقة قوله انت طالق تنجيز لاصل الطلاق وما جعل الصفة على مشيئتها ومن ضرورة اثبات اصلها اثباتها وصفتها الرجعية فكان فى نفس كلامه مخصصا لبعض الاوصاف من عمومها اليها اى الامرين اولى تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التى هى تنجيز اصل الطلاق واعتبار اصله معلقا للمحافظة على حقيقة العموم والنظر يقتضى ترجيح الاول لان تخصيص العام اغلب من اعتبار المنجز معلقا انه لا يكاد يثبت واما ما رجح به فى الكافى من ان تقديرهما يبطل الاستيصاف والكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل فانما يتم لو كان كيف فى التركيب الاستيصاف ولا يخفى ان معنى الاستيصاف هنا غير مراد اصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئتها كقوله تعالى افلا ينظرون الى الابل كيف خلقت اى ينظرون الى كيفية خلقها فان قلت فلم يعتبر كيف شرطا وهو احد استعمالها فيرجح قولهما لان تعليق اصل الطلاق حينئذ حقيقة للفظ فالجواب لا يجوز لان شرط شرطيتها اتفاق فعلى الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع اصنع وما قيل فى توجيه قولهما لان المحسوس حاله واصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض فليس احدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء فى الاصلية والفرعية فاذا تعلق احدهما بمشيئتها تعلق الآخر فى اصله ذكر شيئا آخر غير ما تقدم من ضرورية تعلق الاصل لما ذكرنا وهو ضعيف لان المبنى ليس الا التلازم فما ثبت لاحدهما ثبت للآخر لا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض فى ذلك فالتقرير ما قررناه

قوله ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت واحدة او ثنتين او ثلثا ويتعلق اصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق بخلاف مشيئة

ثلثا عند محمد رح

وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت

كيف شئت على قوله هذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد واذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شيء ما لم تشاء والقياس ان لا يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا لما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يباح لها في مسئلة التخيير ووجهه ما ذكر في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلثا على قولهما او ثنتين على قول ابي حنيفة رح لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها لو فرقت خرج الامر من يدها بخلاف ما لو اوقع الزوج ذلك وعلى هذا فما في اصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها لا يحتاج الى حمله على مشية القدرة لا مشية الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر لهم من اطلاق العدد وارادته وما شئت تعميم العدد فتقرير تقريره واورد حماية ان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما دام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت اجيب بانه معارض بالمثل بان يقال لو اعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو اعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد بان التفويض تمليك مقتصر على المجلس ما لم يكن موقتا وانما يكون لو كانت معينة بمعنى العدد ولانه المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدوام ثم ان اردت الامر بان قالت لا اطلق كان ذا لان هذا امر واحد بخلاف في كلما وقوله خطاب في الحال احترز عن اذا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال **قوله** وان قال لها طلقي نفسك

من ثلث ما شئت فلها ان تطلق واحدة وثنتين بالاتفاق واختلفوا في الثلث فلا تطلق عند ابي حنيفة رح ثلثا وبه قال الشافعي واحمد رح وتطلق عندهما ان شاءت لان كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من تستعمل للتمييز اي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة ليغفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا نحو كلت من الرغيف فيحمل على تمييز الجنس محافظة على عموم ما قد لا بيان الجنس بخلاف ما لو حملت على التبعيض بمعنى فيكون بيان المراد الثلث من الطلاق دون سائر الاعداد ومنه وان كان لا يتصور في الطلاق عدد الا الثلث فذاك شرعا اما في الامكان فيمكن ان تطلق عشرا من ماية وغيرها وانما كان حكم الشرع المنع فالمعنى طلقي نفسك العدد الذي هو الثلث دون سائر الاعداد وعلى قولها يكون التفويض في الثلث خاصة فصحت تطليقها واحدة باعتبار ما دخلت فيه كما تقدم في طلقي نفسك ثلثا كما لو قال كل من طعامي ما شئت له اكل الكل وطلق من نسائي ما شاءت فشاءت كلهن له ان يطلقهن بخلاف ما اذا حملناها على التبعيض فانه يبطل عموم ما ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة في التبعيض اذا دخل على ذي ابعاض والطلاق منه وما للتعميم فيعمل بهما من في معناها في شائعة بان في عموم مخصوص ضرورة اعمال من في معناها في شائعة بخلاف حمل من على البيان فان ضابطه صحة وضع الذي مكانها ووصلها بمدخولها مع ضمير منفصل مثاله فاجتنبوا الرجس من الاوثان الرجس الذي هو الاوثان ولا يحسن هنا طلقي نفسك ما شئت الذي هو الثلث فان ما موصولة معرفة فلا بد من كون موصوفه معرفة وهو هنا العدد فالحاصل طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي شاءت او تشاؤه وانه هو الثلث فيكون التفويض ابتداء انما هو في الثلث وانما تركت ان تطلق نفسها واحدة لانه جزء ما ملكته بالتفويض كقوله طلقي نفسك ثلثا لها ان تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم هذا اذ المعنى طلقي نفسك شيئا اشتهيته على ان ما نكرة موصوفة بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف فيتقيد بالعدد ومن للبيان فرع قال انت طالق ثلثا الا ان تشائي واحدة فشاءت واحدة طلقت واحدة وقال محمد رح لا يقع شيء لان معناه ان لم تشائي واحدة فاذا شاءت واحدة لا يقع شيء ولابي يوسف رح انه ثبت لها مشية الواحدة فاذا شاءتها تقع ولو قال طلقها ان شاء العدد وشئت وانت طالق ان شاء العدد فان شاء العدد فلان لا يقع بالمشية شيء من فلان

ولأبي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

لانه عطف على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا او متى شئت لان حين للوقت لو قال ان شئت فانت طالق اذا شئت او متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الاحوال لانه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في اي وقت شاءت فاذا شاءت في المجلس صار كانه قال انت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لامرأتيه ان شئتما فانتما طالقان فشاءت احديهما وشاءتا الطلاق بعينها لا يقع لان الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال لامرأتين ان شئتما فانتما طالق ثلثا فشاءت احديهما واحدة والاخرى ثنتين لم يقع شيء لان الشرط مشيئتهما الثلث بخلاف ما لو قال لهما طلقاهما ثلثا فطلقها احديهما واحدة والاخرى ثنتين وقع الثلث لان كل واحد منفرد بايقاع الثلث فيصح ايقاع بعضها ولو قال ان شئت فانت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الاولى ان نوى الزوج والا فلا لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك اي كلاهما مملوكان لي فايهما نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وابيت او ان شئت ولم تشائي لم تطلق ابدا لانه جعل المشيئة والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت ولو قامت بلا مشيئة تطلق ايضا كما لو قال ان دخلت او لم تدخلي اما لو اخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائي وان شئت وان ابيت فان شاءت يقع وان ابت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت وابيت وفي طالق ان ابيت او كرهت طلاقا فقالت ابيت تطلق ولو قال ان لم تشائي طلاقك فانت طالق فقالت لا اشاء لا تطلق لان لفظ ابيت لايجاد الفعل الذي هو الاباء وقد وجد اما لفظ لم تشاء فللعدم لا للايجاد وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا اشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت وفي انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند ابي يوسف رح ولو قال لها طلقي نفسك ثم قال لها اعتقي عبدك فبدات بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الامر بالعتق ثم بها فبدات بالعتق لا يبطل خيارها في الطلاق وعنه لو قال لها انت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس قول ابي حنيفة رح ان كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشيئة من طلاق الاصل لو قال ان شئت فانت طالق غدا فالمشيئة اليها للحال بخلاف انت طالق غدا ان شئت فان المشيئة اليها في الغد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح المشيئة اليها في الغد في الفصلين وقال زفر رح المشيئة للحال فيهما وذكر في الامالي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح على العكس وفي المنتقى برواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رح اذا قال انت طالق غدا ان شئت وانت طالق ان شئت غدا فالمشيئة غدا وقالا ان قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال وان اخرها فلها المشيئة غدا وفرع على هذا لو قال اختاري غدا ان شئت او اختاري ان شئت غدا او امرك بيدك غدا ان شئت او امرك بيدك ان شئت غدا فالمشيئة في الغد في الحالين عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قال طلقي نفسك غدا ان شئت او طلقي نفسك ان شئت غدا او ان شئت فطلقي نفسك غدا لم يكن لها ان تطلق نفسها الا في الغد عنده وقالا ان قدم المشيئة فلها ان تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد انت طالق غدا ان شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا انما المشيئة في الغد بخلاف قوله ان شئت فانت طالق غدا فان لها المشيئة في مجلسها الان وفي الثاني تعلق بالمشيئة طلاقا مضافا الى غد ولو علق بالمشيئة طلاقا منجزا اعتبر المشيئة في الحال حتى لو قامت بطلت مشيئتها فكذا اذا علق بها طلاقا مضافا وفي الاول علق الطلاق المضاف الى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فتراعى المشيئة في ذلك الوقت وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح ان في الفصلين تراعى المشيئة في غد وعند زفر رح تعتبر المشيئة فيهما حالا ولو قال لها انت طالق اذا شئت ان شئت او انت طالق ان شئت اذا شئت فيهما سواء تطلق

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رح لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح

نفسها متى شاءت وعند ابي يوسف رح ان اخر قوله ان شئت فكذلك وان قدمه تعتبر المشيئة في الحال فان شاءت في المجلس تطلق نفسها بعد ذلك اذا شاءت ولو قامت من المجلس قبل ان تقول شيئا تبطل وقال شمس الائمة ضبط ما قدمنا من ان شئت فانت طالق او انت طالق ان شئت بان الاولى على المجلس والاخرى مطلقة الينا متعلقة بالموقتة فيه شاءت بعده طلقت قال وان لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها اذ لا فرق بين ان يقول ان شئت الساعة او لم يذكر الساعة ولو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شيء لانه ما شاء الثلث وكذا لو قال شئت ثنتين او لو قال انت طالق ان شئت واحدة وان شئت ثنتين فقالت شئت يقع الثلاث ولو قال اخرجي ان شئت ينوي الطلاق فشاءت ولم تخرج يقع نظيره قالت لزوجها طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلث ولو قالت طلقني طلقني طلقني بلا واو فطلق فان نوى الواحدة فهي واحدة وان نوى ثلثا فثلث ولو قالت لزوجها تريد ان اطلق نفسي فقال الزوج نعم فقالت طلقت ينظر ان نوى الزوج التفويض مع نية ان تكون الرجعية طلقت ان استفهمت لا يقع

باب الايمان في الطلاق اليمين في الاصل القوة قال ان المقادير بالاوقات نازلة ولا يمين على دفع المقادير اي لا قوة وسميت احدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الاخرى وسمي الحلف بالله تعالى يمينا لافادته القوة على المحلوف عليه من الفعل والترك الحامل عليه بعد تردد النفس فيه ولا شك في افادة تعليق المكروه للنفس على امر بحيث يترك شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الامر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يمينا قوله واذا اضاف الخ استعملها في العموم اللغوي مع الافعال لا الطلاق لانه تعليق لا اضافة قوله وقال الشافعي لا يقع ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال احمد وقال مالك رح ان خص بلدا او قبيلة او صنفا او امرأة صح وان عم مطلقا لا يجوز اذ فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والاوزاعي وابن ابي ليلى الا لو قال كل امرأة اتزوجها فهي علي كظهر امي فانه يصير مظاهرا مع العموم لان الحرمة ترتفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وبين الخصوص الا ان صحته في العموم مطلق يعني لا فرق بين ان يعلق باداة الشرط او بمعناه وفي المعينة يشترط ان يكون بصريح الشرط فلو قال هذه المرأة التي اتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا يؤثر فيها الصفة اعني اتزوجها بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه طالق بخلاف قوله ان تزوجت هذه فانه يصح ولا بد من التصريح بالسبب في المحيط لو قال كل امرأة اجتمع معها في فراشي فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا كل جارية اطأها فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لان العتق لم يضف الى الملك ولو قال نصف المرأة التي تزوجتها طالق فزوجه امرأة بامره او بغير امره لا تطلق لان التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على انها طالق لم تطلق لانه تعليق جعله بدلا او شرطا وكذا لو اشترى عبدا على انه حر لا يعتق ومنها ما روي عن عمر وابن مسعود وابن عمر تمسك الشافعي رح بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح اخرجه ابن ماجة من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل ملك وعنه طريق آخر عن علي رضي يرفعه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه جويبر وهو ضعيف واخرج ابو داود والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حسن وهو احسن شيء روي في هذا الباب واخرج الدارقطني عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم اتزوج فلانة فهي طالق ثلثا قال طلق ما لا يملك واخرج ايضا عن ابي ثعلبة الخشني قال قال عم لي اعمل لي عملا حتى ازوجك ابنتي فقلت ان تزوجتها فهي طالق ثلثا ثم بدا لي ان اتزوجها فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فانه لا طلاق الا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت لي سعدا وسعيدا ولنا ان هذا التعليق لما صح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء وما قيل بالغائه انه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو وذلك لان النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة والانتظام

ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف

الصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المندوب والطلاق
فمحظور وانما شرع للحاجة لتباين الاخلاق غلط لان الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تدعو الى تزوجها مع علمه
بفساد حالها وسوء عشرتها فيخشى لجاجها وغلبتها فيقيدها بتعليق طلاقها بنكاحها دفعا لما لها من مواقع الضرر فيجب ان يشرع كما شرع تعليقه بخروجها
ليقطعها عنه لما فيه من الضرر عليه فيتحقق المقتضي وهو تكلمه بالتعليق ولا يصح بلا مانع بل هو اولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سنذكر والجواب
عن الاحاديث المذكورة اما ما قبل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق لا المعلق فليس به بل له عرضية ان يصير طلاقا
وذلك عند الشرط والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري قال عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن الزهري انه قال في رجل قال كل امرأة (ن رجل)
اتزوجها فهي طالق وكل امة اشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر اوليس قد جاء لا طلاق قبل النكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك
ان يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف وغيرهما التصريح لما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر مخصوصا بعد قول
ماثور عن السلف يعني انه ماثور عن غيرهما ايضا اخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهري (ن النخعي)
والاسود وابي بكر بن عبد الرحمن وابي بكر بن عمرو بن حزم وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي رضي الله عنهم في رجل قال ان تزوجت فلانة
فهي طالق او يوم اتزوجها فهي طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل مذهبنا الجصاص عن سعيد (ن سعيد)
بن المسيب وعطاء وحماد بن ابي سليمان وشريح رحمة الله عليهم اجمعين واما الحديثان الاخيران فلا شك في ضعفهما قال صاحب التنقيح انهما
باطلان ففي الاول ابو خالد الواسطي وهو عمرو بن خالد قال وضاع وقال احمد وابن معين كذاب وفي الآخر علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره
وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف احمد وابو بكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الاحاديث وقال ليس لها اصل في الصحة وكذا اعلها
مالك وربيعة والاوزاعي فما قيل لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لان الترجيح فرع صحة الدليل ولا كيف ومع عدم تقدير الصحة
لا دلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه فان قيل لا معنى بحمله على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل احد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد
اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا اذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه
وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيرها بقي لهم بعد ذلك ان يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا فالتخريج عن تناول النص بل هو طلاق تاخر عمله
الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان اهل العرف واللغة لا يفهمون ان الطلاق تعليقه وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق
طلاقها لا يحنث اجماعا علوما ثم ذكر مالك في موطاه انه بلغه ان سعيد بن عمر بن سليم الزرقي سال القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأة ان هو تزوجها
فقال القاسم ان رجلا جعل امرأته عليه كظهر امه ان هو تزوجها فامره عمر ان هو تزوجها ان لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار
بالملك ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا فالكل واحد والخلاف فيه ايضا وكذا في الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك اربعة اشهر يصح
فمتى تزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بان قال اذا بلغت فزوجته طالق
وتعليق البالغ طلاق الاجنبية بغير الملك قلنا لا ابتداء الا من بيان المراد فقولنا هو طلاق او ليس به اذ لا اشكال في ان لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا
في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها بل تاخر عمله كالبيع بشرط الخيار ونحوه فنقول لا اشكال في ان كون الشيء سببا شرعا ثبوت حكم في محل لا يتصور

[illegible] محمول على ما [illegible] ولا بد [illegible] والاضافة الى [illegible] عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته
ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط

بدون اتصاله بذلك المحل شرعا اعني ان يعتبر الشرع انه اتصل به سببا للحكم فيه لا مجرد الاتصال في التعليقات سببية ليست الا بايجاده الحكم في محل مملوك لكونه ملزوما للحكم فيحل حيث حل ولا ريب في ان الشرع منع من ذلك للقطع بانه لم يرد انت طالق الآن بل اذا كان كذا فانت طالق اذ ذاك لا الآن فاذا كان ذلك يرتفع المانع وهو التعليق فح ينزل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعلق البيع على شرط بل اثبته في الحال غير انه جعل له خيار ان يفسخ ان لم يوافق غرضه رفعا به وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل تحقق سببيته في الحال الى تمام هذا التركيب واما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم اهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فان افتقاره في التصرف الى المحل انما هو عند قصد التنجيز فيه للحال وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها الذات الباعث على منع نفسه من تزوجها فهذا المقدم هو عنده فتمتنع هذا منع كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه الا انه لما كان الحنث احد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي الملك وما منافيه تعقان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور قيامه عنده فيما اذا قال للمنكوحة ان دخلت فانت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه اياه مع تيقن قيامه احرى وذلك في المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك فبهذا حصل الجواب عن الاعتراض بتعليقه في الاجنبية بغير الملك ولذا رأينا الشرع صحح قوله للامة اذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة فظهر بهذا ان قيام الحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمري ان حل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الايجاز وطلاوة الالفاظ وقوله وقع عقيب النكاح يفيد ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله انت طالق مع نكاحك افاده الاسبيجابي انتهى منتقاه ومرجع ضمير انه تصرف يمين وهو اضافة بيانية اي تصرف هو يمين وكذا هو في قوله وهو قائم بالمتصرف اي فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمة الحالف في كاف وقول مالك سد على نفسه باب النكاح قلنا فاذا لا يلزم اذ قد يكون علم مصلحته في ذلك وبناء العلم بغلبة الجور على نفسه او بناء العدم ليساره وللنفقة النكاح فيوسعها على انه يتصور تزويجه عندنا بان يعقد له فضولي ويجيزه هو بالفعل كسوق المواهب اليها او الوطئ واعلم ان مقتضى ما ذكر كون المضاف لا ينعقد سببا في الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سببا في الحال نحو انت طالق يوم يقدم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة المتكلم الايقاع بخلاف المعلق وان قصده البر فكان هذا المعنى المعقول صارفا اللفظ عن مقتضيته ولا يعرى عن شيء مع ان نحو انت طالق غدا واذا جاء غد واحد في قصد الايقاع وتم يجعلوه اذا جاء غد تعليقا غير سبب في الحال والآخر سببا في الحال وانا اقول لما انه ينزل سببا عند الشرط تطلق او وقع منجزا فالمراد الايقاع حكما ولهذا اذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم اهليته **فروع** في المنتقى ان تزوجت فلانة فهي طالق وان امرت من يزوجنيها فهي طالق فامر انسانا ان يزوجها منه طلقت لانهما يمينان احدهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت فلانة او ان امرت من يزوجنيها فهي طالق فامر انسانا فزوجها منه طلقت لان اليمين واحدة والشرط شيئان وقد وجد احدهما بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تنحل اليمين ولهذا لو تزوجها من غير ان يأمر احدا لا تطلق لانه بعض الشرط فان امر بعد ذلك رجلا فقال زوجني فلانة فهي امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط ولو قال ان تزوجت فلانة او امرت انسانا ان يزوجنيها فهي طالق فامر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لانه حنث بالامر قبل تزويج المعينة فانحلت اليمين بلا وقوع شيء فلا يحنث بتزويجه بعده وعن ابي يوسف رح اذا قال ان تزوجت فلانة او خطبتها فهي طالق فخطبها فتزوجها لا تطلق قال في الكتاب لانه حنث في الخطبة فهذا يدل على ان اليمين منعقدة وهي ترد على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط احدهما فاحدهما بعينه صالح والآخر لا فانه [illegible]

صح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما

الحنث حتى لو تزوج قبل الامر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وهي ان قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بالف فقبلت طلقت وفي فوائد شمس الائمة الحلواني لو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ان تزوجت فلانة فتزوج فلانة لا تطلق فان طلقها ثم تزوجها تطلق ووجهه انه اعتبر من الشرط على الشرط كقوله ان تزوجتك فانت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين ولم يجعل له مطلقة فقال ان تزوجتها فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأته ان تزوجت عليك ما عشت فحلال الله علي حرام ثم قال ان تزوجت عليك فالطلاق علي واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الاولى وتقع اخرى على الجديدة منهما باليمين الثانية يصرفها الى ايتهما شاء هذا في النوازل قال في المحيط وفيه نظر وينبغي ان لا تطلق في اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب الطلاق بالتزويج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احداهما يصرفه الى ايتهما شاء ولان اليمين الاولى لما انصرفت الى الطلاق صار كانه قال امرأتي طالق ومن قال ذلك وله امرأتان يقع على احداهما انتهى وفي نظره نظر اما قوله ينبغي ان لا تطلق في اليمين الثانية الى آخره فبناء على ان التنجيز بالطلاق علي واجب ليس بصحيح وانت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف وان المختار وقوع الطلاق المذكور في النوازل بناء عليه واما قوله ينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احداهما الى آخره فليس بصحيح لان حلال الله عام مستغرق للاولى فيشمل الزوجين معا فقد حرمهما وزن ويرا طلاق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يتناول الواحدة فقد ابهم الطلاق على واحدة منهما فاليه تعيينها واذا قال كل امرأة اتزوجها طالق فزوجه فضولي فاجاز بالفعل بان ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة اليه **قوله** فيصح يمينا او ايقاعا اي فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لانه لا يعمل عندنا في الحال وايقاعا عند الشافعي لانه عنده سبب في الحال **قوله** ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملكه لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا اي ظاهر الوجود اي وجوده عند العقد وقوله وهو القوة اي على الامتناع منها **قوله** والظهور باحد هذين لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود فمتعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي اي الحس وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله للاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق حين صدر لا يصح جعله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر او مانعا فيه لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند العقد لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط لا يقال لم يكن الامر فيه موقوفا على العاقبة ان تزوجها ظهر كونه يمينا والا فهو على الاحتمال الى ان يموت احدهما لانا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فانه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا يتحقق يمين في الوجود الا بلفظ آخر ومعنى الاضافة ههنا اضافة لزوم نصف المهر ان تزوجها لانه ح يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد اورد على هذا قوله اذا حضت فانت طالق فانه يمين مع ان الاصل فيه فلا منع بلا مخافة واجيب بان العبرة للغالب لا للشاذ **قوله** والاضافة الى سبب الملك يعني التزوج بمنزلة الاضافة اليه وقال بشر المريسي لا يصح لان الملك يثبت عقيب سببه فاذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه او لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك او مع موتي بخلاف ما اذا علقه بنفس الملك فانه يتقدم الملك والجواب ما قال محمد رحمه الله حمل الكلام على الصحة اولى من الغاية فيكون قد ذكر السبب واراد المسبب فتقدير قوله ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا الا ان يحمل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وتبعيده اذ ليس بما هو ممنوع عنه بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه انه الوارد على قولهم في قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يعتبر تمام الكلام مضمر التصحيح والتقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع كما قال ابن ابي ليلى

تعالى انت طالق ان تزوجتك ... لان الشرط ... من ... الا انه ... فيكون ...
ثم كلمة ان ... ولا كذلك ليس ... ليس شرطا حقيقة لكن ما يليها اسم وشرط
ما يليه الفعل ... لانه الحقت بالشرط تعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك ...

لان اليمين مذموم في الشرع او غير مطلوب فلا يحتاط في تصحيحه وهذا اشارة الى ذلك الجواب ويكفي في جواب ابن ابي ليلى ما قدره المصنف لكن الاحسن ان يزاد ان يقال بان يراد بالسبب السبب وحقيقته والاولى تصحيح اليمين فيلزم شابه في المنقول عن ابي ليلى وعلى الثاني يرد ما قال شيخ الاسلام والاولى ان يرفع ما قال به ابن ابي ليلى بانه لا طريق الى تحقيق تلك الارادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا الاحسن المذكور في الكتاب ... ان يقال لاضافة الى سبب الملك مرادها الاضافة الى الملك كما اجاب به بحمد ربه **فرع** لو قال ان تزوجتك فانت طالق قبل ان ... ابو يوسف لانه قارنه بالنكاح وذكر ما هو وقت لا يقدر على ايقاعه فيه فالغي ذكر الوقت وبقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كالملفوظ عند الشرط ولو قال ان نكحتك انت طالق قبل ان انكحك لا تطلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان زوجتما امرأة فهي طالق ثلثا فتزوجا له امرأة بغير امره لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى تلك النكاح لان تزويج الوالدين بغير امره غير صحيح ولو قال رجل لاجنبية ... كل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق الا اذا قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها وتزوج غيرها تطلق **قوله** والفاظ الشرط الخ ومن جملتها لو ومن واي واين واين ما وفي جميعها تجزم الا لو واذا وقيل تجزم بها اذا زيد بعدها ما في المشهور انما يجزم بها في الشعر وكذا لو قال ع لو ... + لان الشرط مشتق من العلامة يعني اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك قال تعالى فقد جاء اشراطها اي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة والاشارة اليه بين لفظ علامة وشرط وقوله فتكون علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء فالحاصل ان معنى الفاظ الشرط علامات وجود الجزاء اي تدل على ذلك لذاتها الا كل من هذه ولفظ لو ايضا كذلك في الجملة فانها لما كان فعل كذلك كان المفاد بها امتناع الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لاكرمتك فيعرف ان ذلك لاجل انه وجد استلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا جميع الادوات تفيد الوجود لا وجود الا ان لما كانت لو على حيث وضعت لافادة ان الشرط قد وجد وفرع منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم دلت على الوجود للوجود بالالتزام فخصت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده ما فيه معنى التعليق على ما على خطر الوجود ولانها افادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليمين وان كان لو قال لو دخلت فانت طالق تعلق الطلاق كما ذكر التمرتاشي ويروى عن ابي يوسف لكن ليس معناها الاصلي على المشهور ولذا قال بعضهم لا تعليق وفي الحاوي في فروعها لو قال انت طالق لو تزوجتك تطلق اذا تزوجها وقد ورد في قوله تعالى وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية الآية فذهب بعض النحويين الى تجويزه واكثر المحققين انها ليست للتعليق في الماضي واجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا العدم حصول معنى اليمين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلما ليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بامر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذي اضيف اليه **فرع** قال انت طالق لولا دخولك او لولا ابوك او مهرك لا يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقتك بالامس لولا كذا واعلم ان وجوب الفاء لا يحقق التعليق الا بها الا ان يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في انه هو الجواب او يتضمن الجواب بعده والمقدم دليله لما ان الفقيه نظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب فاذا قال ان دخلت الدار انت طالق يقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه عند ابي يوسف ولا يتجه حمل الكلام على الفائدة فتضمن الفاء كما في قوله من يفعل الحسنات الله يشكرها وعرفها اذا اجاب بالواو فانه تنجيز ويلغو الشرط ممن يمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان وذكره في الغاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح ويحمل الواو على الابتداء

قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية

وفيه ضعف لان واو الابتداء لا تستعمل الا في اول الكلام ومواضع الفاء جمعت منها في بيت وهو طلبية واسمية وبجامد وبما ولن وبقد وبالسين واحيت وذكر بعض زيادة على ذلك والايضاح لبعضهم منظمها في ثلاثة ابيات هي هذه تعلم جواب الشرط حتم قرانه بفاء اذا ما فعله طلبيا اتى بكذا جامدا او مقسما كان او بقد ورب وسين او بسوف ادريا فتى او اسمية او كان منفيا بما وان ولن من يكد عاجد عداه قد حتى ولو اخر الشرط واوخل الفاء في الشرط بان قال انت طالق فان دخلت الدار لا رواية فيه فيمكن ان يقال يتنجز لان الفاء صلة ويمكن ان يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق قياسا الا كون في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب ان يكون التنجيز موجب اللفظ الا ان يبنى على التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق اذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا يوجبه الا في محله فلا اثر له هنا ولو قال انت طالق ان تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند ابي يوسف لا لان ذكره بيان لارادة التعليق ولو قال انت طالق وان دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لان ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي اتزوجها طالق اما في المعينة فلغو على ما قدمناه اول الباب ولو قال انت طالق ان دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي انها بمعنى اذا فاستدل لا بقوله يمنون عليك ان اسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا ان دعوا للرحمن ولدا فقول محمد اولى اذ الاصل اعمالها كذا وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما ولو قال انت طالق وان دخلت طلقت بكل حال لان الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على عرف في موضعه تقديره ان لم تدخلي وان دخلت وهي الوصلية فيقع في الحال لقوله انت طالق ان خلت وبقوله دخلي الدار وانت طالق يتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل ادى الي الفا وانت حر وانت طالق لا للتعلق

قوله ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط واذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث مرة اخرى الا بيمين اخرى او بعموم تلك اليمين وليس فليس وقال البعض في متى انها تفيد التكرار كقوله متى تأته تعشو الى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى ان اي وقت تأتي يتحقق ذلك ففي متى خرجت فانت طالق المفاد ان اي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو افادت التكرار وان مع لفظ ابدا وهي لفظ متى بانفرادها فاذا قال ان تزوجتك فلانة ابدا فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا اجاب ابو النصر الدبوسي ومن غرائب المسائل في الغاية من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق قد دخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول مضاف الى جماعة فيراد به عمومه عرفا بعد مرة اخرى استشهد لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا افاد العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد ومما ذكر محمد في السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل فان العموم في الاول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع اليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر وعموم الثاني بدلالة الحال وهو ان مراده التشجيع وكثرة القتل قبل ما الاولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد افادت اذن التكرار لعموم الاسم الذي نسب اليه فعل الشرط والاوجه ان العموم بالعلة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الحرمة في الاول منع القعود على المشتق منه وهو القتل في الآخر فيتكرر به وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال اي امرأة اتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة اتزوجها حيث يعم لعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم اي امرأة اتزوجها بعموم الصفة قوله الا في كلما يتكرر ومن لطيف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فانت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان ولو قال كلما وقع طلاقي عليك فانت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق

ومن ضرورة التعميم التكرار **قال** فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح
لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة
فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور **قال** وزوال الملك بعد اليمين
لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فيبقى والجزاء باق لبقاء محله فيبقى اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل
للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في الشرط فالقول قول
الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه منكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول
قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس
ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها

ان الشرط في الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرار الوقوع فيتكرر الا ان الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها وفي الاولى اقتضى تكرار الجزاء بتكرار الوقوع فيتكرر الا ان الطلاق
لوجود الشرط فيقع تطليقتان احداهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق **قوله** ومن ضرورة التعميم التكرار اذ في كل عموم تكرار لو قال كل
امرأة اتزوجها طالق فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق واما الوقوع على امرأة اخرى تتزوجها فباعتبار عموم الاسم لم ينشأ من
نفس الشرط واجيب بان المراد تعميم الافعال والتكرار من ضرورته لانه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الامثال من واحد **قوله**
ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة ابدا لان الشرط ملك يوجد في المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد هذا الشرط
تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه وعن ابي يوسف في المنتقى اذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأة طلقت فان تزوجها ثانيا لا تطلق الا مرة واحدة
ولو قال للمعينة كلما تزوجتك وتزوجت فلانة تكرر دائما واستوضحه بما اذا قال كلما اشتريت ثوبا او ركبت دابة لا يلزمه ذلك الا مرة واحدة والحاصل
ان كلما عند ابي يوسف رح انما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة وحقيقة البحث ادعاء اتحاد الحاصل بين كل وكلما اذا نسب فعلها الى منكر فان قلت
بينهما فرق فان كلا تقتضي عموم الاسماء وعموم الافعال تثبت ضرورة وكلما تقتضيه في الافعال وعموم الاسماء تثبت ضرورة فاذا وجد في لفظ كل
اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر بنفسه وبقيت فيما سواه من الاسماء وفي كلما اذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الافعال المماثلة
سواء تعلقت بما تعلق به الاول او لا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الاسماء ضرورة ولا حاجة بنا الى النظر الى سببه اذ المقصود انه ثبت العموم
في الافعال والاسماء فصار الحاصل كل تزوج لكل امرأة وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا اعتبارا بقرينة في ركب القوم دوابهم وجعلوا اصابعهم
في آذانهم فالزم بالضرورة انها اذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه
من المسئلتين ويدفع بان انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتف لان دائرة عموم الافعال اوسع لان كثيرا من افرادها يتحقق بالتكرار من
شخص واحد فقد فرض عمومه بكلما فلا يتبعه كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب اليه المرجع والمآب **قوله** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها حتى
لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا اذا قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل
عتق ولا بد من تقييد عدم البطلان بما اذا زال الملك بما دون الثلاث اما اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على سياق ثم
ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين الى آخره في الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافا لزفر رح كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما وفائدة الخلاف فيما اذا جاء ثانيا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينتقص
من عدد الطلاق شيء عنده وينتقص عندهما **قوله** وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو
عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وعلى هذا لو قال ان لم تدخلي اليوم فانت طالق فقالت لم ادخل وقال دخلت فالقول له لانه كان متمسكا بالاصل
وهو عدم الدخول ولو قال ان لم اجامعك في حيضتك فانت طالق فقالت لم تجامعني وقال فعلت فالقول له مع انها متمسكة بظاهر من عدم الجماع وحرمته
في الحيض الداعية الى عدمه لكونه انكر الطلاق واستحضر هنا ما في النكاح لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت فالقول قولها خلافا لزفر ولهذا ايضا فهذا
اصل كلي بخلاف ما لو قال وهي في طهر خال عن الجماع انت طالق للسنة ثم قال جامعتك في حيضتك فانكرت فالقول لها لما انكانت بظاهر لانه يريد
ابطال حكم واقع بعد وجود السبب في المضاف اليه اما الاول فان المضاف سبب في الحال واما الثاني فلان الوقت وقت طلاق السنة بالفرض فان

كما قيل في حق العدة والغشيان ولكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذلك لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله
في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق
العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها
وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى
يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم

لكان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها وعليه الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى وعن احمد لا يقع وتختبر بالنساء بادخال قطنة في فرجها
في زمان قالت ذلك فيه وترجح بانها امينة مامورة بالاظهار فيما في رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن تحريم كتمانها امر باظهاره
وفائدة الامر بالاظهار ترتيب احكام المظهر وهو فرع قبوله مع ان ادخال القطنة لا توصل الى علم ولا ظن بجواز اخذ دم من خارج تحملت به
قوله لم تطلق فلانة هذا اذا كذبها الزوج فان صدقها طلقت فلانة ايضا وكذا في جميع نظائره **قوله** كما قيل في حق العدة اي انقضائها حتى لو طلقها
طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت انقطع حق الرجعة او قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله
جاز له تزوجها اذا غلب على ظنه صدقها والغشيان اي حل الوطء وحرمته فلو قالت انا حائض حرم او طاهر حل وقالت للمطلق ثلاثا تزوجت
بثان وغشيني حلت له لا يقال ما تكون حاضتا ولا فعلى الاول يقع عليهما وعلى الثاني لا يقع واحدة منهما لانا نقول المنظور اليه في قبولها شرعا الاخبار
به لانها امينة وفي حق ضرتها حقيقته شهادة وشهادتها على ذلك شهادة فرد واخبارها به لا يسري في حقها مع التكذيب لا بعد في ان يقبل قول الانسان
في حق نفسه لا غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه لا يصدقه الباقون والمشتري اذا اقر بالمبيع لمستحق لا يرجع
بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض وهو القائم اما بعد الانقطاع فلا لانه ضروري فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت
حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي في الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وانا الآن حائض بحيضة اخرى لا يقبل قولها
ولا يقع لانها اخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا اخبرت عن الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع وهذا لانها جعلت امينة شرعا في الخبر
من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأتيه
اذا حضتما فانتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا ان يصدقهما فان صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلاثا فقال
ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة منهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن
اربعا فالمسألة بحالها لم يطلقن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة او ثنتين وان صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان
حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما يثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حضنا
لا يثبت حيض كل واحدة الا في حقها الا ان يصدقها فيثبت في حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض نظر فان كانت المكذبات واحدة
طلقت هي وحدها لتمام الشرط في حقها لان قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها في غيرها
فلم يتم الشرط في الغير وان كذب اكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا في حق نفسها وكان الموجود بعض
الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا **قوله** وكذلك اذا قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله قوله لما بينا يريد انها امينة في
حق نفسها شاهدة في حق ضرتها قوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فاما هنا فكذبها متيقن فكيف
يحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط اجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها
فجاز ان يحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمني الخلاص منه بالعذاب ولو قال لها ان كنت تحبيني بقلبك فانت طالق
فقالت احبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسألة الكتاب وقال محمد رحمه

لكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شئ آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال يقع واحدة وفي حال يقع ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى ان تأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يبطل الخليفة قلنا بل عدم امكان الوقوف على ما في قلبها اوجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفي الظهيرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان امكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته انت طالق ان كنت احب كذا ثم قال لست احبه كاذبا فهي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل السرخسي هذا بانه ان لم تعلم ما في قلبها لم يعلم ما في قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا ان القلب متقلب لا يثبت على شئ فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام انما تناط بالامور الظاهرة لا الحقيقة كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قلبه واعلم ان التعليق بالمحبة انما يفارق التعليق بالحيض في انه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت احبك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى وفي الحيض لا يقتصر على المجلس على سائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة **فرع** في الجامع الاصغر قال الفقيه ابو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فانت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت او لم يكن لان الزوج في الغالب لا يريد الا ايذاءها بالطلاق كما آذته وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها ان انا قرطبان فانت طالق تتعلق وان قال اردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى اهل بخارا على المجازاة دون الشرط **قوله** فكان حيضا من الابتداء فيجب على المفتي ان يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم او كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد وجني عليه بعد رؤية الدم قبل ان يستمر فانه اذا استمر ثلاثة ايام يصح النكاح ويعتبر في العبد جناية الاحرار ولا يحتسب بهذه الحيضة من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم ان يقع الطلاق بعد بعضها **قوله** ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر اي يحكم بطهرها عن هذا افترق الحال بين ان حضت حيضة فانت طالق وان حضت حيث لا يكون لاول الحيض لانه انما يقع في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال او بما يقوم مقامه من صيرورة الصلوة دينا في ذمتها واما في العشرة فبمجرد الانقطاع **قوله** لان الحيضة بالهاء هي الكاملة عن هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزى خلافا لزفر في قوله تطلق بحيض خمسة ايام للتيقن بالنصف قلنا هذا النصف اقصى مدته لا نصف الدور ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض واذا قال الطاهرة انت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض فتطهر لان اليمين تقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناوله الماضي بخلاف قوله انت طالق قبل ان تحيضي حيضة بشهر حيث تتعلق اذا حاضت فلا ينتظر الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وسنتكلم عليه في موضعه ان شاء الله تعالى **قوله** بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار اذ لم يقل اذا صمت يوما او شهرا فيتعلق بالمسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة فيقع به وان قطعته بعده وكذا اذا صمت في يوم او في شهر لانه لم يشترط كماله بخلاف ما اذا قدره بمعيار كما اذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظيره اذا صمت او ما اذا صمت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه مقدر بمعيار واذا صليت صلوة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما الاول لانه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شئ لان الطلاق المقارن

وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الأولى وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا في غير الملك فلا يقع أو وجد الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع أو وجد الأول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية له اعتبار الأول بالثاني إذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لأنه لا ينزل إلا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة

لانقضاء العدة لا يقع وإن اختلفا فالقول للزوج لأنه منكر للزيادة وتقرير المسألة واضح من الكتاب وعن الشافعي رحمه الله أنه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معا قيل ينبغي أن لا يعول عليه لأنه مستحيل عادة وغير أنه إن تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالأقراء ولو ولدت غلاما وجاريتين ولا يدرى أولهم يقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لأن الغلام إن كان أولا أو ثانيا تطلق ثلاثا واحدة به وثنتين بالجارية الأولى لأن العدة لا تنقضي ما بقي في البطن ولد وإن كان آخرا فقد وقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية شيء لأن اليمين بالجارية انحلت بالأولى ولا يقع شيء بالغلام لأنه حال انقضاء العدة فدار بين ثلث وثنتين فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لأنه إن كان الغلام أولا وقعت واحدة به ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الأخيرة لانقضاء العدة وإن كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلث وواحدة ولو قال إن كان حملك غلاما فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لأن حملك اسم جنس مضاف فيعم كل ما في البطن فالحكم أن يكون الكل غلاما أو جارية لا يقع كما في قوله إذا كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله إن كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فطالق فلو أن فيه حنطة ودقيقا لا تطلق ولو قال إن كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث في الجامع لو قال إن ولدت ولدا فأنت طالق فإن كان الذي في بطنك غلاما فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لأن المطلق موجود في المقيد وفي قول الشافعي رحمه الله قوله وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف حاصل مبنى الخلاف أنه إذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما كحوان ودخلت هذه الدار وهذه هل اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر رحمه الله عند كل منهما وقياسه فيما إذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل أن يقول إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق فإن الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق واحد إلا أن يجيء كل منهما وقد ذكرنا بعض ذلك في مسألة إذا احتلمتما فأنتما طالقان وجعلها في الكافي مسألة الكتاب من تعدد الشرط للمين ترك لأن تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فإنها لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعدد بالقوة وجه قول زفر رحمه الله اعتبار الأول من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده لأنهما في حكم الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم وإنما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الأهلية قيام الملك في الحال أو كون الشرط الملك ليصير الجزاء في الأول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا إلى ظهور الاستصحاب وهو منتف في الثاني فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الإضافة الحاملة على الامتناع أو الفعل فإذا تمت لا يحتاج في بقائها إلى ذلك لأن بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة فإنما يحتاج إليه لوقوع الحنث أو الحنث لا يثبت إلا عند الأخير فلا يشترط الملك إلا عنده وهذا وعده المصنف في أوائل الكتاب وأما الشرطان فتحققهما حقيقة بتكرار أداتهما وهو على وجهين بواو وبغير واو أما الثاني فكقوله إن أكلت إن لبست فأنت طالق لا تطلق حتى تلبس ثم تأكل فيتقدم المؤخر وهو الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط في معنى في الجامع قال لامرأة إن تزوجتك إن كلمت فلانا فهي طالق يتقدم المؤخر فيصير التقدير إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها فهي طالق واستغنى عن الفاء بتقديم الجزاء فالكلام شرط الانعقاد والتزوج شرط الانحلال وأصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم المعنى إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم وقوله تعالى وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها فالجواب أحللنا لك امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي فالمعنى إن أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها وجه المسألة أنه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزاء لعدم العطف وإن روي عن محمد في غير رواية الأصول أنه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط في موضعه وهو رأي إمام الحرمين من الشافعية لأن الأصل عدم التقدير إلا بدليل والكلام في حسب

وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هي طالق ما بقي من الطلقات وهو قول زفر رحمه الله وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود إليه بالثلث وعند محمد وزفر لا يهدم ما دون الثلث فتعود إليه بما بقي وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلث لأن الجزاء ثلث مطلق لإطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة لأن الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله

إلا عند الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزاء لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من إضمار الحرف لأنه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شيء آخر فكان قوله إن أكلت مبتدأ من تأخير لأنه في حيز الجواب المتأخر والتقدير إن لبست فإن أكلت فأنت طالق وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التعقيب في مثل إن دخلت الدار فأنت طالق وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف ومن لزوم الإضمار للفاء يجب أن لا ينعكس الترتيب في التجريد لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الأول فإن طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا فهي في العدة طلقت انتهى وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا إذا قال إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله أولا ثم يعد ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني إن وعدتك إن أعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله ومن الحنابلة من قيد ذلك بما إذا كان الشرط بإذا فإن كان بإن تطلق لوجودهما كيفما كان لأن المعروف في ذلك إذا الأمر إلا الأول فلو إذا قال أنت طالق إذا قدم فلان وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة إن أو متى فأيهما قدم أولا يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر وإن قوله أنت طالق إذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء والشرط الثاني لا جزاء له وإذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه تعلق جزاؤه بعينه كأنه قال وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة فلذا لو قدما معا لم يقع إلا طلاق واحد وكذا إذا أدخل الجزاء بين الشرطين فقال إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان أيهما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط الثاني شيء إلا أن ينوي أن يقع عند كل واحد تطليقة فيقع أخرى عند الثاني وإن أخر الجزاء فقال إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدما لأنه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصار شرطا واحدا فلا يقع إلا بوجودهما لأنه لو وقع بأولهما صار عطفها على اليمين لا إلى إلا على الشرط فقط فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته وبنيته تقديم الجزاء على أحد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فأما إذا عطف بلا إذا شرط كان الجميع شرطا واحدا كما في مسئلة الكتاب إلا أن ينوي وقوع الطلاق بأحدهما لأنه نوى تكرار كلمة الشرط كذا في شرح الزيادات تنبيه يشترط في صحة الشرط الاتصال كالاستثناء وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفي الجامع لو قال إن دخلت إن دخلت فأنت طالق تعلق استحسانا وقال الكرخي ينبغي أن لا يتعلق على قوله لأن الثاني لغو كقوله حر وحر إن شاء الله على قوله والجواب أنه تأكيد بخلاف حر لأن التأكيد باللفظ لا يكون بالواو فإنما يشاكله حر حر إن شاء الله ولا يعتق فيه وأجمعوا أن السكوت واللغو لا يمنعان العطف ما دام في المجلس كذا في الذخيرة لأن العطف غير مغير فلم يقتصر بخلاف الشرط والاستثناء وإذا أعقب الشرط الجزئية ليست أيمانا تامة كما ذكرناه من قريب قيد الكل وإذا قال أنت طالق وعبده حر إن كلمت فلانا تعلق الكل بشرطه وعن هذا إذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثا أو أربعا إن دخلت صح التعليق فيتعلق الثلث قوله وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا وطلقها ثنتين إلى آخره فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيهما على وقوع الثلث أما عند محمد فلأنه لما بقي واحدة وبها يحل الثلث وأما عندهما فالثلث المعلقة بواسطة ملكه لثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية وإنما تظهر فيما إذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط فعند محمد تحرم حرمة غليظة وعندهما لا إذ يملك بعد الوقوع ثنتين قوله وسنبينه من بعد ونحن نبينه هنالك إن شاء الله قوله ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لما قدمنا من أن معنى اليمين إنما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الإخافة والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلث عدم العود لأنه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها إلى الأول لأنه عقد يعقد للعمر فلما يكون غير الملك القائم مراد العدم تحقق اليمين باعتباره فتقيد الإطلاق بهذه الدلالة حال المتكلم أعني إرادة اليمين وأيضا لو وقوع الثلث خرجت

ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلثا وان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابى يوسف رحمه الله انه اوجب المهر فى الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج فى الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرجه ثم اولجه لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطى لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابى يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع **فصل فى الاستثناء**

عن المحلية لو بها تحدث محليتها بعد الثانى فصار كالمرتدة تحدث محليتها بالاسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فجعلت بستانا او حماما لا تبقى اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده ان دخلت فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لان محليته بالرق ولم تزل بالبيع وبخلاف ما اذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت اليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لانه استفاد حلا جديدا يملك به الثلث لان عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها اليه وله وبعض افاضل اصحابنا انه يجب ان لا يقع الا واحدة كقول زفر رح لقولهم المعلق طلقات هذه الملك الغرض ان الباقى من هذا الملك ليس الا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال انت طالق ثلثا فانما تقع واحدة لانه لم يبق فى ملكه سواها والجواب ان هذه مشتركة والمنع ان المعلق طلقات هذا الملك الثلث ما دام ملكه بها فاذا زال بقى المعلق ثلثا مطلقة كما هو اللفظة لكن بشرط بقائها محلا للطلاق فاذا نجز ثنتين والشك ملك ثلاث فبقى المعلق ثلثا مطلقة وبقيت محليتها اذا امكن وقوعها وهذا ثابت فى تنجيز الثنتين فيقع والله اعلم وبخلاف ما لو قال ان دخلت فانت على كظهر امى ثم طلقها ثلثا ثم عادت اليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لان الظهار تحريم الفعل لا الحل الاصلى الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء الشرط كالشهود فى النكاح اما الطلاق فتحريم الحل وقد فات بتنجيز الطلقات **قوله** لو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلث ثم لم يخرجه فى الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر اى العقر بهذا اللبث بخلاف ما لو اخرجه ثم ادخله وكذا اذا قال لامته ان جامعتك فانت حرة عتقت بالتقاء الختانين فاذا مكث بعده لا يجب عقرها وعن ابى يوسف رح انه اوجب العقر فى الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فيبقى العقر وجه الظاهر ان الجماع الادخال وليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم الابتداء به بخلاف ما لو اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال الا ان الحد لم يجب لشبهة الاتحاد اى فيه شبهة انه جماع واحد وقد كان اوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر الى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة فى المجلس الواحد واذا امتنع الحد وجب المهر لان التصرف فى البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر او مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق فى هذه المسئلة رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابى يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد ان الدوام ليس تعرضا بالبضع على ما قلنا فلم يوجد سبب مستانف للرجعة بخلاف ما اذا اخرجه ثم ادخل فانه يصير مراجعا بالاجماع وعن محمد رح لو ان رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة فان لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطى ومهر بالعقد وان لم يستانف الادخال لان دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم

فصل فى الاستثناء هو بيان بالا واحدى اخواتها ان ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع وهذا اسمها المفهوم للفظ استثناء اصطلاحا على انه متواطئ وعلى انه حقيقة فى الاخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره يراد الكائن بعض الجنس فى المتصل فيقيد بغيره فى المنقطع والاوجه كون الخلاف فى ان لا حقيقة فى الاخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس ايضا بالتواطى والاشتراك اللفظى فانه يفيد بخلاف معنى لفظ استثناء فانه لا طائل تحته بل لا حاجة اليه والحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما فى منع الكلام من اثبات موجبه لا ان الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسئلة ان شاء الله تعالى لمشابهتها الشرط فى منع الكل وذكر اداة التعليق لكنه ليس على حقيقته انه منع الى غاية والشرط منع الى غاية تحققه كما يفيده اكرم بنى تميم ان دخلوا ولهذا لم يورده فى بحث التعليقات ولفظ الاستثناء اسم توقيفى قال تعالى ولا يستثنون اى لم يقولوا ان شاء الله والمشاركة فى الاسم ايضا اتجه ذكره فى فصل الاستثناء وانما ثبتت حكمه فى صيغ الاخبار والكلام ان الشارع يجاب فى الامر والنهى

وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق

لو قال أعتقوا عبدي من بعد موتي إن شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه ولو قال بع عبدي هذا إن شاء الله كان للمأمور بيعه قيل لأن الإيجاب
يقع لازما فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء وذكره ليس إلا لذلك والأمر لا يقع لازما لقدرته على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء ليجب اعتبار صحته وعن الحلواني
كلما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غد إن شاء الله له أداؤه وتلك النية
وهل يشترط في صحته تصحيح حروفه وإن لم يسمع أو أن يسمعه يجري فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلوة قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق
إن شاء الله إلخ وكذا إذا قال إن لم يشاء الله أو ما شاء الله أو فيما شاء الله أو إلا أن يشاء الله أو إن شاء الجن والحائط أو كل من لم يوقف له على
مشيته لم يقع إذا كان متصلا فلا يفتقر إلى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكي فيه عندنا خلاف قال خلف يقع وقال أسد لا يقع وهو
الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت أبا يوسف في النوم فسألته فقال لا يقع فقلت لم قال رأيت لو قال أنت
طالق فجرى على لسانه أو غير طالق كان يقع قلت لا قال كذا هذا إلا أن يدريا به أن شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدري
أن السكوت رضى يمضي به العقد عليها وفي خارج المذهب خلاف في النية قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه
وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصاله به والعلم أن ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه أن تطلق واحدة رجعية لأن المنية
هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلثا ولا شك في أنت طالق المذكور فصار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفا أي إن شئت
فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنحل لا يخلو عن نظر وإنما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشية إذا كان الأظهر كونها المصدر الظرفية
ليترجح تعليقه بالمشية لكن الثابت كثرة استعمالها موصولا اسميا نعم لا يقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بتساويهما في الاستعمالين وإخبار أنه أراد
الظرف أما إذا لم تكن له نية فينبغي أن يقع وعلمت أنه لا يحتاج إلى نية إلا لو قال إن شاء زيد فهو تمليك منه يعتبر فيه مجلس علمه فإن شاء فيه طلقت
وإلا خرج الأمر من يده وكذا إلا أن يشاء زيد أو يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو إلا أن يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم ويعتبر في كل
كلا إخبار فلان بلسانه لا مشيته ورضاه بقلبه لأن المشية وأخواتها أمر باطن ودله دليل وهو العبارة فقيام مقامه كذا في شرح الجامع وكذا
إذا أضاف المشية والثلثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال طالق بمشية الله وإرادته ومحبته ورضاه لا يقع لأنه معنى التعليق إذ الباء للإلصاق
والكائن في التعليق إلصاق الجزاء بالشرط وإن أضاف الأربعة وما بعدها بالباء إلى العبد كان تمليكا وإن قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته
وقع في الحال سواء أضافه إلى الله تعالى أو إلى العبد لأنه يراد به في مثله التنجيز عرفا وإن قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء أضافه
إلى الله تعالى أو إلى العبد لأنه تعليل للإيقاع كقوله طالق لدخولك الدار وإن قال بحرف في إن أضاف إليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها إلا في قوله طالق
في علم الله تعالى فإنه يقع في الحال لأن في بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع إلا في العلم لأنه يذكر للمعلوم وهو واقع ولأنه لا يصح نفيه
عنه تعالى بحال فكان تعليقا بأمر موجود فيكون تنجيزا ولا يلزم القدرة لأن المراد منها هنا التقدير وقد يقدر شيئا وقد لا يقدره حتى لو أراد
حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي والأوجه أن يراد العلم على مفهومه وإذا كان في علمه تعالى أنها طالق فهو فرع تحقق طلاقها وكذا
يقول القدرة على مفهومها ولا يقع لأن معنى أنت طالق في قدرة الله أن في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه يقال للفاسد الحال
في قدرة الله تعالى صلاحه مع عدم تحققه في الحال وفيه أيضا إن أضاف إلى العبد يقع كان تمليكا في الأربع الأول وما معناها من الهوى والرؤية تعليقا في المشية

لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط

الاواخر ولا يخفى ان ما ذكره في التنجيز بقوله في علم الله يأتي في قوله في ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشأ الله لم يقع شيء لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثاني باطل لانه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه ابطاله ولو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشأ الله فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فثبت انه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعهما مع عدم مشيئته تعالى والمسئلتان مذكورتان في النوازل قال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشأ في اليوم فطالق ثلثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا ووجهه ما بيناه وقال لو لم يقيد باليوم في اليمين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلثا بلا فصل وقد ظن انه يخالف مسئلة النوازل آخر الجواب ان مسئلة المنتقى تعليق الثلث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبيل الموت اذ لو شاء الله التطليقتين لاوقعهما الزوج وفي مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله تعالى اياهما فلا يقعان ابدا **قوله** لقوله عليه الصلوة والسلام من حلف بطلاق الخ غريب بهذا اللفظ ومعناه مروي اخرج اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائي ولفظ الترمذي فلا حنث عليه واخرجه احمد والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن غريب وقد روي نافع عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر رض موقوفا ولا نعلم احدا رفعه غير ايوب السختياني وقال اسمعيل بن ابراهيم كان ايوب احيانا يرفعه واحيانا لا يرفعه انتهى وهذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع واعلم ان مالكا يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله الاسد لان الحديث المروي في اليمين لا يتم في مجرد انت طالق ان شاء الله وسنبين ان شاء الله ذلك في كتاب الايمان واما ما اخرج ابن عدي في الكامل عن اسحق بن ابي الكلبي عن عبد العزيز بن ابي رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته انت طالق ان شاء الله او لغلامه انت حر ان شاء الله او علي المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شيء عليه وهو معلول باسحق هذا نقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان لم يعلم توثيقه عن احدهما واخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه ضعفه عبد الحق بحميد وتقدم ان طرق الضعيف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي **قوله** ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرفه دون حقيقته لان مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعا او منتفية قطعا فلا تردد في حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة وانه اعدام اي التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط **قوله** والشرط لا يعلم ههنا فيكون عدما من الاصل يشير الى ان التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح كقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط وقال اذا شاب الغراب اتيت اهلي وصار القار كاللبن الحليب وعند ابي يوسف تعليق بملاحظة الصيغة وهما لاحظا المعنى وهو اولى وقد نقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رح على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله انت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الابطال وفي شرح المجمع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاحش بخلاف قوله ان شاء الله فانت طالق وفيما اذا جمع بين يمينين فقال انت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق يعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار وقع وعلى الابطال الى الكل لعدم

ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول

الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا او دخلت الدار لا يقع ولو ادخله على الايقاعين فقال انت طالق وعبدي حر ان شاء الله تعالى يصرف الى الكل
فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع اما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال واما عند ابي يوسف رح فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين
يتعلقان به دينا اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفي فتاوى قاضي خان الفتوى على قول ابي يوسف رح
لانه يؤدي اليه الابطال فتحصل على ان الفتوى على هذا ابطال **قوله** ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول اي اذا سكت كثيرا لا لضرورة بخلافه بمختار
لتنفس او نحوه اما بكونه له سكتة بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللفصل باللغو تطلق ثلثا في قوله انت طالق ثلثا ثلثا ان شاء الله
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان التكرار للتاكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله وثلثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء
فتطلق ثلثا وعلى هذا الخلاف عبده حر حر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التاكيد وقياسه ان ذكر ثلثا ثلثا
بلا واو ان يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف التفسيري انما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح
حر لقوله تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلثا وثلثا لو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء الله طلقت ثلثا عند
ابي حنيفة رح وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق اربعا ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس لغوا
لانه يثبت به تكميل الاول ولو قال ثلثا بوائن او البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثالث لغو وعن محمد يصح هذا ويراعى خلافه في الفصل
بالذكر القليل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا اكلم فلانا استغفر الله ان شاء الله فهو مستثنى ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو اراد ان يحلف
رجلا ويخاف ان يستثني في السر يحلفه ويامره ان يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله او غيره من الكلام والاوجه ان لا يصح الاستثناء بالفصل
بالذكر ولو قال بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله او اراد ان يقول فسد انسان فاه ساعة ثم اطلقه فاستثنى متصلا به صح
وعن هشام سالت محمدا عمن قال لامرأته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثني فاسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة يعني اذا لم يستثن
بعد التخلية ولا يكتفي بذلك لفصل واشتراط الاتصال قول اجلة العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس رض جوازه الى سنة وعنه ابدا وقال سعيد بن الخدري و
ابن جبير الى اربعة اشهر وعن الحسن البصري تقييده بالمجلس وهو قول الاوزاعي استدل الا بحديث سليمان عليه السلام لاطوفن الليلة على تسعين
امرأة كل تلد غلاما فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي الخ فقال صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا اجمعين قلنا يحتمل قول الملك له قبل
فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يختلى خلاها الحديث
فقال له العباس رض الا الاذخر فسكت ثم قال الا الاذخر ومنها انه قال في اسرى بدر لا ينفلت احد منهم الا بفداء او ضربة عنق فقال ابن مسعود الا سهيل
بن البيضاء فقال الا سهيل بن البيضاء وما اجيب عن هذين بانه كان على جهة النسخ دفع بانها لا تكون باتصال ما بعدها بما قبلها وليس بلازم لان المقصود
ارتفع اي رفع الحكم بنفس لفظ القائل ابتداء بانه وافق الشرع المتجدد وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الاولى مدلول عليه بها
كانه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه ابو داود فانه صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال
ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب بان كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو صلى الله عليه وسلم قد حلف انه لا يحلف على يمين فيرى
غيرها خيرا منها الا اتى التي هي خير وكفر عنها فمن راى ان عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه ومنها اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق فقط

فيكون الاستثناء ولو ذكر الشرط بعد موتها بعين رجوعا عن الاول **قال** ولو ماتت قبل قوله ان شاء الله تعالى لا يقع لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل

عليه والجواب انه محمول على الاتصال بالعرف لا على ان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله ولو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه كيف ولفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل مع التعقيب بلا مهلة من حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم يوجبه ايضا اللازم المذكورة في الاصل من انه يستلزم ان لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا اقرار ببال ما لا يخفى من اللوازم الباطلة وبذلك اجاب ابو حنيفة رحمه الله المنصور حين شايعه اعداؤه اليه بانه يرد رأي جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما منعك من مخالفته فيها الا تحصين الخلافة عليك ومنع خروج الحالفين لك من الخروج عليك اذ الاجاز لهم ان يستثنوا اذا خرجوا من عندك ومذهب الشافعي كمذهبنا في انه اذا قال متصلا بقوله طالق او حرة ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك واحمد في ظاهر الرواية عنه تنجيزان لانه علقهما بشرط محقق لانه لو لم يشأ الله كلا من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به وتوضيحه انه اذا اراد صدور اللفظ عنه فقد شاء الله صدوره وان اراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة انه اذا اصدر اللفظ وجب كل منهما وان اراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند اهل السنة والجماعة فظنه انها تتجدد محال والحجة لنا ما رويناه وبيناه من المعنى والجواب عن متمسكه انه لم يعلقه بمحقق لانه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله تعالى ومختاره انه اراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئته لهذه قوله فقد حكمت الشريعة الخ ليس على اطلاقه اذ التعليقات من نحو انت طالق ان قدم زيد او دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالاجماع وما نحن فيه من هذا القبيل **قوله** فيكون الاستثناء اذ ذكر الشرط الخ انما نوعه لما ذكرنا انه على قول محمد استثناء وعلى قول ابي يوسف رحمه الله تعليق على ما هو وجه النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان وحالت فلعل على ان اتصدق بمائة مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لان من الامثال ما ليس له حقيقة وان المثل للتشبيه ولا يكون في التشبيه ايجاب المال تعالى ربنا لا تؤاخذنا الا ان يريد الايجاب على نفسه **فروع** طلق او خالع ثم ادعى استثناء او شرطا ولا منازع ولا اشكال في ان القول قوله وكذا اذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للامام محمود البخاري ولو شهدا عليه بانه طلق او خالعها بغير الاستثناء او قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء ففي المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الاسلام الاوزجندي لا تسمع دعوى الاستثناء اذا عرف الطلاق بالبينة بل اذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده اعتقتك امس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي فتاوى النسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقتني فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك انت طالق ان دخلت فقالت طلقتني منجزا القول قوله وفي الفتاوى الصغرى اذا ذكر الخلع لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الاسلام ابي الحسن ان مشايخنا اجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق ان لا يصدق الزوج الا ببينة لانه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي ان ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يؤخذ بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقا له وان عرف بالفسق او جهل حاله ينبغي ان لا يؤخذ بقول المانع لغلبة الفساد في هذا الزمان ولو طلق فشهد شاهدان انك استثنيت وهو غير ذاكر ان كان بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول وسعه الاخذ بشهادتهما والا لا ياخذ بها **قوله** وكذا اذا ماتت معطوف على قوله واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق **قوله** والموت ينافي الى آخره جواب عن مقدر هو ان الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى لو قال لها انت طالق او طالق ثلاثا فماتت قبل الوصف او العدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق فاجاب بان الموت ينافي الموجب

بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلاثا الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل

فيبطل به وبناسب الاستثناء فلا يبطل به **قوله** بخلاف ما اذا مات الزوج قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم ارادته بان ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق وقول من قال يحمل كذبه على الرجل في ذلك او ان يبدو له فيتركه ليس بشيء لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فبحثه هذا ان كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له غير اللجاج **قوله** ولو قال الا ثنتين طلقت واحدة وعن ابي يوسف رح لا يصح الاستثناء لانه استثناء الاكثر وهو قول طائفة من اهل العربية وبه قال احمد رح قالوا لم تتكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي المخلصين لما ادى استقراء استعمال القرآن على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التاويل في الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادي كلكم جائع الا من اطعمته يا عبادي كلكم عار الا من كسوته ولو سلم تقدم السماع في تركيب معين لا يستلزم صحة عدم استعماله الا ترى انه لم يسمع له مائة الا ثمنا وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعمالها وهذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقي الاجزاء بعد المستثنى وقولهم اخراج من الصدر مجاز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانه ليس عن سبق الدخول فان اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء اذ تناول اللفظ بعلة وصفه وهو تمام المسمى وهي قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا ولزم ان لا يصح في نحو قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم ح يكون اما كاذبا في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع او في الاثبات ان كان هو المثبت او غالطا في احدهما ويستحيلان في حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم ثم بل يكون مرادا بالصدر اعني العام اذ الكل ثم اخرج ثم حكم على الباقي او اريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والا قرينة عليه خلاف لا يوجبه خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلم بالباقي اي حكم عليه وحققنا في الاصول ان معنى القول الاول انه اريد عشرة وحكم على سبعة في قوله علي عشرة الا ثلاثة فارادة العشرة بتمامها بعد الحكم والا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلاثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضي الباقلاني على ان التحقيق ان قوله هو احد المذهبين كما حققناه في الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله فلا فرق بين قول القائل علي درهم او عشرة الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال اخراج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الاخبار ما ذكرنا ونسب الى الشافعية والله اعلم فانهم مصرحون بانه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا وقالوه على تاويل بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفي اثبات توجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلاثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك في انه بحسب الظاهر لا حقيقة الاسنادين فيها والا كان تناقضا وح فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الباقي فيجب حمل المرجوح عليه كما هو كل معارضة ترجح فيها احد المتعارضين فيظهر انه لم يحكم في صدر الا على سبعة **قوله** ولا يصح استثناء الكل من الكل قيل لانه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز ودفع بانه لو كان كذلك يصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية لكنه لا يجوز فيه ايضا لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء فعلم انه لغيره وهو ما ذكر في الكتاب من انه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا لم يتكلم بالباقي بعد الثنيا لا النفي

لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصار فا لا لفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل ولو اثبت هذا في الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيتعارض في الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم

الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على انه لا ينفي الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب يفيده وما حكي عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر او مساويه كعبيدي احرار الا مماليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضي خان وزيادات العتابي فلو قال نسائي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن وفي البقالي لو قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال انت طالق ثلثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلث عند ابي حنيفة رح وعندهما يقع ثنتان وعن ابي يوسف رح يقع واحدة وهو قول زفر رح فكان ابا حنيفة رح يرى توقف صحة الاولى الى ان لا يظهر انه مستغرق وهما يريان اقتصار صحته على الاولى وابو يوسف في الرواية الاخرى عنه وزفر رح يريان اقتصار صحته على الاولى والثانية وقول ابي حنيفة رح اوجه لان الصدر متوقف على الاخراج ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تقدم ما يصح منه اخراج شيء ولو قال واحدة وثنتين الا ثنتين او ثنتين وواحدة الا ثنتين يقع الثلث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه في الاوليين اخرج الثنتين من الثنتين او الواحدة وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق في الثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما ينصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخيرة منها وكما قيدنا الطلاق المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر او مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فان كان صح لانه ذكر في كتاب الولوالجي لو قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل اسقاطا مما يليه فيلزم ان كل فرد اسقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلثا الا ثنتين الا واحدة كان الواقع ثنتين لانك اسقطت من الثلث ثنتين او لا فصار الحاصل واحدة ثم اسقطت من الساقط عن الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار ثنتين فقد اخرج من الثلث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم اخرجها من الثلث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على ان الثلث المستثناة من الثلث لم يبطل بل تتوقف الى ان يظهر استثناء منها فيصح او لا فيبطل والله اعلم واصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته ومن فروعها المعدودة له على عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا اربعة الا ثلثة الا اثنين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين واربعا الا ثلثا يقع الثلث ذكره القدوري واصله ان الاستثناء تصرف في اللفظ اولا ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء فلو وقع اكثر من الثلث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اربعا الا ثنتين يقع ثنتان او واحدة او عشرة الا تسعة طلقت واحدة او خمسا الا واحدة يقع الثلث وفي المنتقى طالق ثلثا وثلثا الا اربعا فهي ثلث عند ابي حنيفة وزفر رح لانه يصير قوله وثلثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند ابي يوسف رح يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد رح كانه قال ستا الا اربعا وما ذكر شيخ الاسلام انه ينوي فان قال عنيت ثنتين من الثلث الاول وثنتين من الثلث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية كذلك الحلواني في هذه المسئلة ولا في المنتقى فلو قال طالق ثلثا الا واحدة او ثنتين فعليه البيان فان مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رح وهو قول محمد رح وهو الصحيح وفي رواية اخرى ثنتان وما قيل ان هذا يناسب اصل ابي يوسف رح يعني في منع اخراج الاكثر مما لا ينبغي لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية ووجه الصحيح انه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة **فرع** اخراج البعض لتطليقة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال طالق ثلثا الا نصف

باب طلاق المريض

لذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه

تعليقه وقع الثلث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول ابي يوسف ثنتان لان التطليقة لا تتجزى في الايقاع وكذا في الاستثناء فكأنه قال و الا واحدة والجواب انها في الايقاع انما لا تتجزى لمعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزى فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثا

باب طلاق المريض لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزء اشرع في بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري اذ لا شك ان فهم المراد من لفظ المريض اجلى من فهمه من قولنا معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربعة بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفى **قوله** في مرض موته احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان في الرجعي يرثها وترثه في العدة وان طلق في الصحة لقيام النكاح قال ابن المنذر اجمع اهل العلم ان في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة واجمعوا انه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات احدهما لا يرثه الآخر بالعدة لانها لا ترثه اذا مات بعد انقضائها خلافا لمالك في قوله ترث وان تزوجت بعشرة ازواج ولابن ابي ليلى في قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول احمد ويعرف من تقييد الارث بالعدة انه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لانها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونها ممن يتوارثان حال الطلاق لان تعلق حقها بماله اذا مرض هو اذ ذاك حتى لو كانت كتابية او امة او عبدها مملوكا وقت الطلاق لا ترث وان اسلمت في العدة قبل موته او عتق بالولاء قال في المبسوط اذا اسلمت كانت طالق بائنا ترثه لانه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض اكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة اشهر فعند ابي يوسف ترث وعندهما لا ترث بناء على ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملا على انه حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه ويتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فيرث وعندهما لا يحمل على الزنا وان قالته بل على انه من زوج آخر بعد مدة الاول فتبين ان عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وسياتي المسئلة في ثبوت النسب **قوله** وهي السبب اي الزوجية هي السبب في الارث وقد انقطعت بالبينونة ولذا لا يرثها اذا ماتت في العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين ومذهبنا قال عمر وابنه وعثمان رضي الله عنهم وابن مسعود والمغيرة ونقله ابو بكر الرازي ايضا عن علي وابي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولم يعلم عن صحابي خلافه وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن ابي سليمان والحارث العكلي لنا الاجماع والقياس اما الاجماع فلان عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ بن زيان الكلبية وقيل بنت عمرو ابن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في عدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه احد فكان اجماعا وقال ما اتهمته ولكن اردت السنة وهذه الرواية التي ما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال حين ورثها فر من كتاب الله وقد ذكر عن عبد الرحمن انه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير في خلافته لو كنت انا لم اورثها اراد به عدم علمي اذ ذاك بان الحكم الشرعي في حقها ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقدير لم يكن اجماع لانه كان سابقا وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها لكنه ولم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء ما ذهم يعرف له قبل ذلك فتوى مع لا شهرة بفقه والكلم بذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس في مسئلة العول وقول المالكية كان قضاء عثمان رضي الله عنه بعد العدة معارض بنقول الجمهور

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها

انه كان فيها اذا ما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله او تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لانه سبب الموت لذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقدم القياس بعد الاجماع وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده او لم يقصده ولم يخطر له واما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث وصيرته بكونه قصد ابطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده ولذا اختلف خصوص الثابت في الاصل من الفرع فانه في الاصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل في طريق الآمدي لمناسب غريب لم يشهد له اصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل اعني القاتل واما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان اصحابنا راوا ان اشتراط على هذه العلة الامكان وهو بقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لا بد ان يكون لنسب او سبب وهو الزوجية والعتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم ان بقاءه اما بالحكم بقيامه حقيقة او قيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها والمصنف لم يبين القياس اصلا في الالحاق بل قال قصد ابطال حقها فيرد عليه قصده دفعا للضرر ومثله لا يفعل الا ان يكون هناك اصول شتى يمكن الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد اصل سوى قاتل المورث ويمكن انه اعتبر اصوله كل من الزم ضرر الطريق غير مباح فانه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية سبب ارثها في مرض موته غير جيد لانها سبب ارثها عند موته عن مرض او فجاءة والوجه ان يقول الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد الى آخره **قوله** بخلاف ما بعد الانقضاء اي انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث فلم يعد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها على انه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وابي بن كعب ان امرأة الفار ترث ما دامت في العدة ويحكى قول ابي بكر الصديق ترث ما لم تتزوج على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة اي ما لم تقدر عليه **قوله** والزوجية الخ جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اي الزوجة في هذه الحالة اي حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فابانت نفسها بان ارتدت حيث يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لانها لا تقتل **قوله** فيبطل في حقه برفع اللام فيبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها اذا ماتت بخلاف ما اذا ابانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية حكما في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفي سهو لانه ينعكس الغرض اذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارثه منها فبطلت ولكنها ليست بسبب فلا يبطل واذا لم يبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به احد **قوله** فان طلقها ثلثا بامرها ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها بائنا بامرها ولهذا عطف قوله او قال لها اختاري فاختارت نفسها عليه فان هذا القدر انما يثبت طلقة بائنة وكذا اذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما في الاولى فلانها منها بالعلة واما في الاخريين فلانها باشرت العلة اما في التخيير فظاهر لانه تمليك منها واما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شرط الطلاق مع مباشرة احد شقي العلة المباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك ما لو قال لامرأتيه في مرضه وقد دخل بهما طلقا انفسكما ثلثا فطلقت كل واحدة نفسها

الانفصال

والتاخير جميعا وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا
في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه
بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اقر واوصى به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة
الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه حتى جاز له ان يتزوج اختها فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته
لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رح
في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج
بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام

وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لانها لم تباشر علة الفرقة بل الاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى
بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل منهما طلاق ضرتها لا طلاق نفسها لخروج الامر من يدها باشتغالها
بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم
اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها وان طلقتا احديهما بان طلقت نفسها وطلقتها ضرتها ووجد ذلك معا طلقت ولا ترث لانه وجد في حقها طلاق
نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لانه اقوى وكل ما يصلح علة وتعذر الاسناد فيضاف الى كل كان ليس معه غيره ولو قال في مرضه طلقا انفسكما
ان شئتما فطلقت كل منهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما فلا فرق كانه قال
طلقا انفسكما ان شئتما طلاقهما بخلاف ما تقدم لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك فلو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها
وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفي العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلامان منهما معا
ورثتا ولان كلا باشرت بعض العلة بهذا كله يشترط المجلس لانه تمليك لو قال في مرضه امركما بيدكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد احديهما بالطلاق كمسئلة المشية سواء
الا انهما اذا اجتمعا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئتما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما في شيئين فاذا اجتمع رأيهما في شئ صح كما لو وكل رجلين ببيع عبدين
فباع احدهما او هنا كذا فوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان على ما قبل الشرط ولو قال طلقا انفسكما بالف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي معا
او متعاقبا بانتا بالف وتقسم على مهريهما لان الالف متقابل بالبضعين فلا تعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوجها عليه لم ترثا لان الفرقة لا تقع الا
بالتزام المال فالتزام كل علة لانه شرط الطلاق فكان كل فعل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتا
احديهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مامورتان بطلاقهما فقد اتيا ببعض ما امرتا به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه
طلاق ببدل فشرط اجتماع رأيهما بخلاف المامورين بالطلاق بلا بدل لانه تنفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تمليك
بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي **قوله** والتاخير اي تاخير محل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بابطاله ولو اجملت
الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج
فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فاجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين
ابن الزوج لا ترث الا ان يكون ابوه امره بذلك فقهرها مكرهة لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي
مريضة ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو فارقته في مرضها بخيار العتق او البلوغ ورثها لانه من قبلها ولذا لم يكن طلاقا وفي الينابيع
جعل هذا قول ابي حنيفة ومحمد وفي الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه واورد وينبغي ان لا يرثها اصلا
لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة واجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه بقي النكاح
في حق الارث دفعا للضرر عنه او رد القصد بابطال حقه كتعجيل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث
امرأة الفار اذا ماتت بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية اكره على طلاقها الثلث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو اكرهت على سؤالها الطلاق
ترث **قوله** وان قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام هاتان مسئلتان ما اذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها

قال وهو كان محصورا او في صف القتال فطلقها ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصل هذا ان امرأة الفار
ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء
وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان
الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات
في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض
اذا قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار

قبل المرض وبانت النشاز طلاقها ثلاثا في مرضه بسؤالها ثم اقر لها بمال او اوصى لها بوصية فعند ابي حنيفة رح لها الاقل من الميراث ومن كل من
الوصية والمقربه في الفصلين ثم قال زفر رح لها تمام الموصى به والمقربه في الفصلين وقالا في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول ابي حنيفة رح لزفر ان المانع
من صحة الوصية والاقرار الارث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتباره وجهها قلنا ذلك لو لم تكن
تهمة لكنها ثابتة غير انها قالا انما هي ثابتة في الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة به باطن فادير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في
الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع انما ينتفي بالتهمة في جواز الشهادة ثابتة
في الاولى حتى جازت شهادة احدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت اجنبية وعن هذا جاز وضع الزكوة فيها وان تتزوج بآخر من وقت
التصادق ولابي حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة ايضا نظرا الى تقدم النكاح المفيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير
ولما لم يظهر التصادق عليه الا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الاحكام
اذ لم تجر العادة بالتواضع للزوج باختها او هي بغيره او لدفع الزكوة او للشهادة فلذا صدقا فيها الا في حق الورثة وهذه التهمة انما هي في الزائد
فتبقى تهمة ما تاخذه انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو توى شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ولو كان ما تاخذه
بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ولو طلبت ان تاخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان دينا لكان ذلك لها
ولو ارادت ان تاخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم ان يعطوها من مال آخر وتقابل فيه برضاهما ان ما تاخذه دين ولو اقر فبانت وتكاملا او نحوه انتهى
في مرضه ترث وفي جوامع الفقه وكذا لو قال كنت جامعت امك وتزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر القرابة
اي قرابة الولاد فلا يقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي ان ينظر ان كان جرى بينهما
خصومة وتركت خدمتها في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة في الاقرار لها والوصية وان كان في ذلك حال المبالغة
وبالغتها في خدمته ينبغي ان لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت لك امرأة غيري او تزوجت علي فقال
كل امرأة لي طالق فانه قال قيد الاولى بحكم الحال ان كان قد جرت بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها ايضا وان لم يكن
كذلك لا يقع قال السروجي فمقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هنا كان يحكم هنا انتهى وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت علي ونحوه اذا
اقترن بالمشاجرة اما هنا فلا فالايصاء بما هو اكثر من الميراث ظاهر في ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والا لم يحرص لها على الحاصل ان
الظاهر بذلك التواضع ايضا على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل ذلك اهل الحيل للاغراض **قوله** ومن كان محصورا الخ الحاصل ان المعتبر في الفرار
على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك يكون حال عدم المرض كما يكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقديم للرجم
والقتل قصاصا او في سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق او انكسرت وبقي على لوح او افترسه سبع فبقي في فمه بخلاف ما اذا كان محصورا
في حصن او في صف القتال ومحبوسا للقتل او نازلا في مسبعة او في مخيف من العدو او راكب سفينة دون ما قلنا والمرأة في جميع ذلك كالرجل
فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرنا من احوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد ورثها على بنائه اتفاقا والحامل لا تكون
فارة الا في حال الطلق وقال مالك رح اذا تم لها ستة اشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة قلنا المنا ما يخاف منه الهلاك

[illegible]

... كانها آلة له ... بنقل الفعل الى المباشر ...

او يجان منه الا في التلق ويعرف بالمرض قيل ان لا يقدر ان يقوم الا ان يقام وقيل اذا خطا ثلث خطوات من غير ان يهادى فصحيح والا
فمريض وضعف بان المريض جدا لا يعجز ان يتكلف لهذا القدر وقيل ان لا يقدر ان يمشي الا ان يهادى وقيل ان لا يقوم بحوائجه في البيت
الا بالتساند والاستعانة ان كان يتكلف الذين يقضيهما فيه وهو يشتكي لا يكون مريضا لان الانسان قلما يتخلو عنه فاما من يذهب ويجي ويحم فلا
وفي الصحيح قال اذا امكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح انه هذا في حق الرجل اما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة
والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك والا فكالصحيح وبه يفتي برهان الائمة والصدر الشهيد وقيل ان ما يرجى برءه
بالتداوي فكالصحيح والا فقيل ان كان يزداد ابدا الا ان كان يزداد تارة وينقل اخرى لو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله او حبس ثم قتل او مات فهو كالمريض
ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بغيره او علاه قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت له حكم الفرار فيقتضي الحاق
حالة الطلاق للحامل والمبارزة بحالة الصحة الا انه يرد لمن علم الذي ليس من ابراته فالاولى ان يعلق ما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الهلاك غالبا
كما ذكره في المرض على ان غالبا يتعلق بالخوف وان لم يكن الغالب عليه الهلاك فحال ... في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرضى
فقال الشافعية ولم ار لمشائخنا قوله فانت طالق اي طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعي والله الموفق قوله اما ان يعلق الطلاق لخ فصل
اما ان يعلقه بفعل احد او لا الثاني التعليق بنحو مجي الغد والاول اما بفعل نفسه او غيره وهو اما المرأة او اجنبي والكل على وجهين اما ان يكون
التعليق مع وقوع الشرط في المرض او الشرط فقط ففي التعليق بفعل الاجنبي ومجي الوقت ان كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال
تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رح ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وكان ايقاعا في المرض
ولنا ان المعلق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعني لا يسلم قوله زفر وانه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند
الشرط وقع ولو حلف بعد التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الاول ويحنث في الثاني ولا اثم
لم يكن فارا بالتعليق في الصحة وبعده ولم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبي ومجي الوقت فلا يكون ظالما واما في التعليق
بفعل نفسه فترث على كل حال ان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان في المرض او بمباشرة الشرط
ان كان التعليق في الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار من جانب الفاعل لا ينفي الضمان كمن اضطر الى اكل مال الغير
او اتلفه نائما او مخطيا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره الى ابطاله لا يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع
عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار ولا فرار مع عدم القصد وقوله وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد ...
ان المنظور اليه في اثبات حكم الفرار اذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع
كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض والصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس في حال تعلق
حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار جاء منه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بورود اسباب الموت فانه لا اضطراره الى الشرط بفعله وكان حال التعليق ...
بالشرط مثل انما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد لم ترث
قوله لانها راضية بذلك اي بالطلاق لان الرضا بالشرط رضا بالمشروط اورد عليه ما لو قال احد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فهو حر

كان كالمكره قال وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لأنه قصد الفرار حين أوقعه في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهليتها للإرث إذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الأهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح لأنها أثبتت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد لا ترث وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وإن آلى امرأته وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث وإن كان الإيلاء أيضا في المرض ورثت لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال رضي الله عنه والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به

فيه يعتق ولا يضمن الضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط فلم يجعل ذلك رضا بالمشروط وأجاب في النهاية بما حاصله إنما يكون رضا بالمشروط لو لم يكن مضطرا إلى فعل الشرط ولكنه مضطر في مسئلة الإعتاق فإنها موضوعة فيما إذا كان أحد الشريكين قال إن لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه إن ضربته فهو حر فضربه فالضارب يضمن الحالف لأنه مضطر إلى فعل الشرط وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا وأجاب في الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس لشبهة العدوان فيبطل بأدنى شبهة الرضا والأكان الضمان قد وجد منها شبهة رضاها المرأة فكذا لمنفي حكم الفرار وإن كان لفعل لا بد لها منه كأكل الطعام والصلوة الواجبة وكلام الأبوين ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة **قوله** كما في الإكراه بأن أكره إنسانا على إتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن فينتقل الفعل إليه فكذا هذا أو كفعل القاضي ينتقل إلى الشاهدين حتى يضمنا إذا رجعا لأنه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق وفي مبسوط فخر الإسلام الصحيح ما قال محمد **قوله** فلا يصير الزوج فارا يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص إنما يتحقق شرعا بالإبانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق إلا في مرض موته وقد ظهر بلا فوات أو نقول هو بطلاقه فار لكن الفرار إنما يوجب الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة **قوله** ولو طلقها أي بائنا ثلاثا أو غيره في مرضه هذا لأنه فرع على هذا الطلاق نفسه مسئلة المطاوعة وقال لها ترث ولا يتفرع إرثها عليه إلا إذا كانت المطاوعة بعد البائن لأنها لو طاوعت بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعت حال قيام النكاح **قوله** لم ترث بخلاف النفقة فإنها بالردة تسقط ثم بالإسلام تعود لأنها تستحق **قوله** لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي بعد ذلك لا الطلاق ولم يوجد ما ينافيه لأن الحرمية لا تنافي الإرث بل تثبت معه كما في الأم والبنت فإنما تنافي النكاح خاصة فيبقى الإرث لعدم المزيل فمرجع ضميره هو الباقي الإرث **قوله** في حال قيام النكاح أي حالة المرض **قوله** فتكون راضية ببطلان السبب وهو النكاح وذلك رضى ببطلان المسبب **قوله** لتقدمها عليها أي لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها بالطلاق السابق عليها **قوله** وقد بينا الوجه فيه وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة أي مباشرة الشرط ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل والأوجه كونه قوله بعد ذلك لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه الخ لأن الأول ذكره في صورة ما إذا كان التعليق والشرط في المرض وما ذكرنا ذكره في صورة ما إذا كان التعليق والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه فإن القذف كان في الصحة واللعان في المرض **قوله** إذ هي ملجأة إلى الخصومة ظاهر في أن الملحق بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها أي مطالبتها بموجب القذف لأنه يندفع العار ولو جعل لعانها صح أيضا إذ هي ملجأة إليه من قبله إذ لعانه يلجئها إلى لعانها إلا أن الإيقال هو أيضا ملجأ إلى لعانه من قبلها إلا أن الإلجاء في الكل يعود إليه لأنه ألجأها إلى الخصومة وأثر ما لعانه فكان لعانه منسوبا إلى اختياره فهي وإن باشرت لعانه آخر جزئي مدار الفرقة وهو ما تمسك به محمد يعني لأن لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها إليه وقيل في وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله لا يخفى أنه سبب بعيد ثم قيل على الأول إن سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان وأجيب بأن الملجئ للقاضي إلى الحكم والحكم لا يستند إلا إلى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة **قوله** فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت كأنه قال في صحته إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق ثم مضت في مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو علق في صحته بأمر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارا أو أورد عليه أن الإيلاء في الصحة ليس مثل التعليق بمجيء الوقت بل نظيره ما لو وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لأنه متمكن من عزله فإذا لم يعزله كان فارا كذا هو متمكن من

ان جميع الوجوه لما بينا انه لا يزال التعليق حتى حل الوطى فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا انها ترث فانما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

من ابطال الايلاء في المرض بالفئ فاذا لم يفعل ينبغي ان يكون فارا أجيب بالفرق بانه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفئ باللسان لا يجوز اذا كان الايلاء في حال الصحة بل اذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل **قوله** في جميع الوجوه اي سواء كان الطلاق بسوالها او لا او كان التعليق بفعلها او بفعله والفعل مما لها منه بد او لم يكن لا يستثنى من عمومه الا قيام العدة فانه مشروط فيها جميعا **تذنيب** قال صحيح لموطوئتيه احدكما طالق ثلثا ثم بين في مرضه في احدهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بالارث فيرد عليه قصده كما لو انشاء فجعل انشاء في حق الارث للتهمة ولو ماتت احدهما قبله ثم مات بقيت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمي فانتفت التهمة عنه كما لو علق في صحته بمجئ رأس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث لانه بيان حكمي بخلاف ما قبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض فان كان له امرأة اخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا يزاحمها الا امرأة واحدة لان احدهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترثه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانها بخروجها عن اهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو انشاء في مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى ههنا ولو كانت له امرأة اخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما يبطل صيانة لحقها الثابت ظاهر وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم يرد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فانها تستحق النصف حتى لو كان معها امرأة اخرى كان لها الربع وثلثة الارباع للمرأة الاخرى لانا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها في الربع وكان للمعينة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهي منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتها في النصف الآخر فينتصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احدهما لاقل من سنتين فهو ليس ببيان او بقي الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطي قبل الطلاق وذا لا يصح بيانا فلا يكون بيانا بالشك اذ لا يقع الطلاق بالشك يثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد امر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التي لم تلد يلاعن بينه وبين التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التي ولدت يحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف اجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم اعن عند الايقاع احدا ولكن اريد بالمبهم التي ولدت لا يحد لانه قذف منكوحته لان الطلاق يقع عند وقت التعيين ولا يلاعن ايضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطي بعد الطلاق وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بكون الوطي منه ضرورة والوطي بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التي ولدت للنكاح فان نفى الولد لاعن ولا يقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احدهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطيها لا يصلح بيانا ووطي صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر

باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك ألا ترى أنه سمي إمساكا وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة

من سنتين حصل العلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين أما علوق الأخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الأقل تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الأكثر بعدها أقل من ستة أشهر لتيقننا أن علوق صاحبة الأكثر ووطئها كان قبل ولادة صاحبة الأقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الأقل بالحيض لاحتمال أن علوق صاحبة الأكثر كان بعد ولادة صاحبة الأقل وإذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا ولو أقر الزوج أنه وطئ صاحبة الأقل أو طلقت صاحبة الأكثر بإقراره ولا يصدق في صرف الطلاق عن صاحبة الأقل فطلقتا كمن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيتها طلقتا وإن ولدت كل واحدة لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق في الأخرى فإذا ولدت الأخرى بعده لا تحول الطلاق الواقع عليها الى غيرها وصار كما إذا وطئ إحداهما ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا ويثبت نسب الولدين أما ولد الأولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها ثم قبل علوق الأولى وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة وهذا لأنه يحتمل أنه وطئها قبل ولادة الولد الأول ولم يصل الماء الى رحمها لانسداد فمها فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلث لأن تلك الحال حال نزول الثلث والشيء في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطا ولا يتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لأنا جعلناه معلقا حال قيام النكاح من الكافي والله أعلم

باب الرجعة وجه المناسبة في إعقاب الطلاق بالرجعة ظاهرة الرجعة بفتح الراء لا تتعدى يقال رجع الى أهله ورجعه إلى أهله أي رده قال الله تعالى فإن رجعك الله الى طائفة منهم ويقال في مصدره أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء وربما قالوا الى الله رجعاك **قوله** رجعية الرجعي تطليق المدخول بها ما دون الثلث بلا مال أو دون الثنتين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف بالشدة أو بعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات وأما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلا لما قدمنا من كنايات رجعية غيرها فما فقد شيئا من هذه فبائن حتى الثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال والواحدة على مال وقبل الدخول لأنها لا عدة لها فبانت فلا يتصور الرجعة والموصوف بالشدة مستدركا على ما في النهاية وغيرها **قوله** لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف بعد قوله إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فإذا بلغن أجلهن والمراد ببلوغ الأجل قربه انقضاء العدة أي مقاربة انقضاء عدتهن للإجماع على أن لا رجعة بعد الانقضاء ففي الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لأن الأمر مطلق في التقدير وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقا أي هو الذي له حق الرجعة وإن أبت هي أو أبوها وحكمته استدراك الزوج ما عسى منه من التفريط في قطعه من النكاح لا لغيره لأنه له لا لغيره وهو أحق منه وفي اشتراط العدة إذ لا يكون بعدها بعلا وهو ما يدل على قيام النكاح أيضا وقد يسأل في باب إيقاع الطلاق أن إطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لأن الرد يصدق في حقيقته بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد يقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتبادر إرادة حقيقة البعل بجعل الرجعة إمساكا في قوله تعالى فأمسكوهن بمعروف ونقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد إلى الحالة الأولى من كونها بحيث لا تحرم بعد مضي العدة فلا إشكال أصلا

قوله ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة إمساك على الوجه الذي كان أولا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء المدة ولا ملك بعد العدة ليستدام وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها أجاب بأن اشتراط قيامها ضروري لما قلنا **قوله** وهذا صريح

بين الائمة قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص

ألفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك في حال خطابها او راجعت امرأتي حال غيبتها او حضورها ايضا ومن الصريح ارتجعتك رجعتك رددتك امسكتك وفي المحيط مسكتك بمنزلة امسكتك وهما لغتان فبهذه يصير مراجعا بلا نية وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة فيقول الي او الى نكاحي او الى عصمتي ولا يشترط في الارتجاع والمراجعة وهو حسن ومثله يستعمل لشبه القبول والكنايات انت عندي كما كنت انت امرأتي فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على ارادته باعتبار الميراث واختلفوا في الامساك مع النكاح والتزوج فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح هو رجعة وعن ابي يوسف رح روايتان قال ابو جعفر بقول محمد رح نأخذ وفي الينابيع عليه الفتوى وكذا في القنية ووجه قول ابي حنيفة رح ان تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما في ضمنه قلنا يحمل الاعتبار باعتبار ما في الحقيقة باعتبار لفظ التزوج مجازا في معنى الامساك وفي الذخيرة لو قال راجعتك على الف درهم ان قبلت صح والالف لا يلزم لانها زيادة في المهر يشترط قبولها كما في المهر الثاني وما اولى قال راجعتك على الف قال ابو بكر لا يجب الالف ولا يصير زيادة في المهر كما في الاقالة **قوله** ولا خلاف فيه بين الائمة كانه لم يعتبر قول مالك خلافا فانه ذكر في الجواهر في حصول الرجعة براجعتك ثانية قولان لمالك كما في نكاح الهازل **قوله** او يقبلها او يلمسها بشهوة يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس فقط لا فيهما لانه افرد النظر الى الفرج بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفي المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد التقبيل في الكتاب اما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول ابي حنيفة رح وفي البدائع وهو قول محمد رح المرجوع اليه وفي بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة فدل انهما لا يكونان رجعة وفي الخلاصة اجمعوا على انه لو لمسها او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في الاستدلال ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح اي يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها لان القبلة مطلقا يختص حكمها به بخلاف اللمس والنظر فانهما لا اختصاص لهما به الا اذا كانا عن شهوة لما يذكر ويكون عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منها رجعة هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها او منه في كونه رجعة او كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا وان كان اختلاسا منها بان كان نائما مثلا او فعلته وهو مكره او معتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة ان في قول ابي حنيفة رح ومحمد رح تثبت الرجعة خلافا لابي يوسف رح انتهى وعن محمد رح كقول ابي يوسف رح وذكر ان ابا يوسف مع ابي حنيفة رح وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة فلا فرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها او منه وكذا اذا ادخلت فرجه في فرجها وهو نائم او مجنون كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع وابو يوسف رح فرق بان اسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما اذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قولا وعن ابي يوسف رح ايضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها هذا اذا صدقها الزوج في الشهوة فان انكر لا تثبت الرجعة وكذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة الا عند زفر رح وابي يوسف رح في رواية وتكره المسافرة بها لكراهة خروجها من المنزل وعن ابي حنيفة رح لا يكره ويأتي الكلام في ذلك **قوله** مع القدرة احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان **قوله** لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ الحاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم او سبب استحداث الحل الزائل قلنا بالاول وقال الثاني وعلى ينبني حل الوطء وحرمته فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعنده ابتداء النكاح من وجه واستبقاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطا وعلى هذا ينبني ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة **قوله** على ما بيناه يعني قوله الا ترى انه سمى امساكا **قوله** وسنقرره اي في آخر هذا الباب هو قوله لنا انها اي الزوجية قائمة الى آخر ما سنتكلم عليه **قوله** كما في اسقاط الخيار يحصل بالفعل المختص بالملك كمن باع امته على انه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فسقط خياره فكما ان سقوط الخيار باستدامة الملك ثبتت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل اولى لان البيع موضوع لازالة الملك الى ثلاثة ايام والطلاق مزيل الى ثلاث حيض فكان اضعف في زوال الملك

حصر مثل تحقق الحرمة بحق النسل والنظر بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها

قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين فإن لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم والأمر للإيجاب ولنا إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد ولأنه استدامة

للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الإيلاء إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها كي لا تقع

في المعصية وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وإن كذبته فالقول قولها لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال فكان متهما إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة

الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهرا إلى أن تخبر

وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة رحمه الله أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك

على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك وإسحق إن أراد به الرجعة فهو رجعة **قوله** خصوصا في الحرة فإنه لا سبب لحلها فيها مطلقا إلا النكاح بخلاف الأمة فإنها تحل فيها بالملك **قوله** غيرهما كالخاتنة والشاهد على الزنا **قوله** فلو كان أي النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها لأن مقصوده الطلاق وهذا التعليل يفيد أن النظر إلى دبرها لا يكون رجعة وهو مصرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطء في الدبر أشار القدوري إلى أنه ليس برجعة والفتوى على أنه رجعة إذ هو مس بشهوة وزيادة ولا تثبت الرجعة بشهادة رجعية المعتوه بالفعل والأصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها وأنكرت فله الرجعة ولو قال لم أدخل بها لا رجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب أن يراجع بالقول وفي الينابيع الرجعة سنية وبدعية فالسنية بالقول **قوله** وهو قول مالك المذكور في كتبهم أنها تصح بلا إشهاد وأنه مندوب إليه كقولنا فكان ما ذكر المصنف رواية عنه وكذا المنسوب إلى الشافعي رحمه الله قول الرجعي فيهم عند أصحابه فإنه قال في المبسوط وفي الجديد للشافعي والإشهاد مستحب وفي الروضة لهم ليس بشرط على الأظهر **قوله** ولنا إطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الإشهاد كقوله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها فهذه النصوص ساكتة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل وما تلي فليس بدليل عليه إذ الأمر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله وأشهدوا واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به أيضا ذلك بالنسبة إلى الآخر وإلا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضا بالنسبة إلى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتقض عليه إلا بانتقاض الأصل المذكور وقد بيناه على وجه يصح فيما كتبناه في الأصول مع هذا التقرير لا حاجة إلى إيراد أن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف وأنه يتم به هذا ولا اشتغال بجوابه **قوله** كيلا تقع في المعصية قيل هي المعصية بدون علمها بالرجعة فإنها لو تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الأمر واستشكل من حيث إن هذا إيجاب للسؤال عليها وإثبات المعصية بالفعل كالظهر عندنا وليس السؤال إلا لرفع ما هو متوهم الوجود وبعد تحقق عدمه فهو دائر إلا أنه هو أيضا مثل ذلك فإذا كان مستحبا لأنه تقصير في خالص حقه فلذا استحب لها أن يكون مستحبا الإنهاء في النكاح كذلك لو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهي امرأة الأول دخل بها الثاني أو لا **قوله** وإذا انقضت العدة إلخ هنا مسألتان الأولى إذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الإنشاء أما الأولى فإما أن تكون المرأة أمة أو حرة وكل منهما إما أن تصدقه أو تكذبه ففي الحرة إن صدقته تثبت الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى وإن كذبته لا تثبت لأنه أخبر خبرا مجردا ودعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه بمجرد دعوى ملك في وقت لا يملك إنشاءه فيه لا يجوز قبولها مع إنكار المدعى عليه إلا ببينة بخلاف ما إذا كان ذلك في وقت يملك فيه إنشاءه كأن يقول في العدة كنت راجعتك أمس تثبت وإن كذبته لأنه ليس متهما فيه لتمكنه من أن ينشئه في الحال ويجعل ذلك إنشاء إن كانت الصيغة تحتمله فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق لملكه الإنشاء وبعد ما بلغه العزل لو أخبر ببيعه سابقا وكذبه الموكل لا يقبل قوله إلا ببينة لأنه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تحلف المرأة إذا كذبته بل تنسب إلى حالها بلا يمين عند أبي حنيفة رحمه الله وهي إحدى الأشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وفي الأمة إن كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند أبي حنيفة خلافا لهما وإن صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى واختلف في قول أبي حنيفة رحمه الله والصحيح أنه

وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة

لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل

القول لها وسيأتي أربعة الأقوال في الكتاب فإنه فصل بين قوله الحرة وبين قوله الأمة بالمسألة الثانية وهي إذا قال قبل الانقضاء فلتوافقه فنقول أما المسألة الثانية فإن قالت مجيبة انقضت عدتي متصلا لا تثبت الرجعة اتفاقا لأنها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ولو قيل وجب إحالته على أقرب حال للمتكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن وإن قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا أن ادعت أنها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لأنه إنشاء حال قيام العدة ظاهر البقائها ظاهرا إذ لم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتي لحقتها طلقة أخرى وهو منقرض مع قيامها حال كلامه ولأنها أمينة في الإخبار شرعا فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق في قوله أنت طالق مع انقضاء عدتك وعلى هذا الوفق أن خرج كلام الرجل مع قولها انقضت على ينبغي أن لا تثبت الرجعة ومسألة الطلاق المقيس لها عليها ممنوعة فلا يقع عنده وقيل في الأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ به لإقراره بالوقوع في حق نفسه ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقرارا فإذا ظهر أنه إنشاء في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع نعم لو عرف أن مقتضى الفقه كون إيقاعه بعد في حال لا انقضاء ظاهرا وقال لا اعتبر هذا بل وقع لزمه لأنه مقر على نفسه والأوجه فيما ادعى صحته أن طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء يحتمله لتقدم الطلاق الأول أو راجعتك بالعكس فإن لم يسلم هذا فالتعويل على المنع ويستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها والفرق لأبي حنيفة رح بين هذه وبين الرجعة حيث لم يستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن إلزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء الستة فإن بذلها لا يجوز ثم إذا نكلت هنا ثبتت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة **قوله** وإن قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول لها عنده وقالا للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج راجعها في العدة لأنه منفرد بإنكاحها حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره بخلاف إقراره وتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول إن حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا فكذا فيما يبتني عليها وفيه نظر إذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه لها فيما يبتني عليها إلا إذا رجع إلى الوجود قولها في العدة قولا أي بأن تدعي فيها الثبوت والانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لا أنها كذلك لأن كون القول قولها فيما لا يثبت لا لأجل أن القول لها في المستلزم للمعنى يقتضيه فيها وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل تصادقا على انقضائها ووقت انقضائها وإنما ادعى في حال لا يملك له عليها رجعتها قبل الانقضاء وهي منكرة أن يكون ذلك فعل فلا يقبل عليها **قوله** ولو كان على القلب بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق **قوله** في الصحيح احتراز عما في الينابيع أنه على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يقضى لشيء حتى يتفق المولى والأمة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا ويتبين أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لأبي حنيفة رح أن الغرض أنها منقضية العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة فلا يقبل قوله **قوله** وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به دون غيرها

ويمضي عليها وقت صلوة كاملة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد
ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع
وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى
يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات

اي بانقضاء عدتها فيقبل قولها انها حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد ولو قالت ولدت وقد انقضت عدتي بالولادة لا تقبل الا ببينة ولو اسقطت سقطا
مستبين بعض الخلق فللزوج ان يطلب يمينها على انها اسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق في هذا بين الامة والحرة **قوله** او يمضي عليها وقت صلوة اي
بان تخرج وقتها الذي طهرت فيه فيصير دينا في ذمتها فان كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير وان كان في اوله لم يثبت بمجرده حتى تخرج لان الصلوة لا تصير دينا
الا بذلك وعلى الظاهر فان وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر **قوله** بخلاف ما اذا كانت كتابية فانه لا يتوقع في حقها امارة الى الخروج
من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لان الغسل والصلوة ليسا واجبين عليها فبمجرد الانقطاع وان كان بما دون العشرة حل لها وانقطعت رجعتها **قوله** وتنقطع اذا
تيممت وصلت اي فرضا او نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف **قوله** حتى تثبت به من الاحكام برفع تثبت لان حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد بالاحكام
جواز الصلوة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف هذه احكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط وكذا لو اغتسلت وبقيت لمعة
انقطعت وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلوة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلوة اولى ولا يشكل عليه انه
لا يحل لها التزوج بآخر بالاتفاق لان التيمم وان قام مقام الغسل هو ضعيف والاحتياط في التزوج عدم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيها رجل في شبهة
قوله ولهما انه ملوث غير مطهر اي حقيقة لا شرعا كذا في الدراية ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للاوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا
محمد افضل الرسل الكرام عليه افضل الصلوة والسلام فنقول هذا البحث له ثلث موارد في الفقه اولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد
عندنا خلافا له وهو مبني على ان التيمم طهارة مطلقة او لا فقال انها ضرورية تثبت ضرورة اداء المكتوبة فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فاتفق مشايخنا في جوابه على انها مطلقة
تعمل عمل الماء الى غاية وجود الماء كما صرح في النهاية في تقريره بان التيمم مزيل للحدث من كل وجه الى غاية وجود شرطه وهو العدم كالماء الا انه بالماء مقدر الى وجود الحدث وهنا الى
ثبوت الحدث السابق الثاني باب الامامة في مسئلة اقتداء المتوضي بالمتيمم فافترقوا فيها فقال محمد هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضي به وقالا مطلقة فيجوز والثالث ما نحن
فيه فقالوا ايضا الا انهم عكسوا كلهم فصار اي المحرر وجهان من المناقضة احدهما قوله في الامامة ضرورية بعدما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من انها مطلقة والثاني ان محمدا
قال في الامامة انها ضرورية وهنا قال انها مطلقة ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما هناك انها مطلقة وهنا ضرورية ملوثة وكثير من الشارحين يأخذ في التقرير قوله انه لا يزيل الحدث
بيقين ولهذا بعد رؤية الماء انما يصير محدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا والجواب انه لا شك في ان للتيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وفيه انه ايضا ملوث
في نفسه غير مطهر لا يختلف فمعنى الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية احد الامرين من وجود الحدث او الماء ومعنى الضرورة ان شرعيته ضرورة
اداء المكتوبات وعدم تفويتها وتكثير الخيرات عند عدم الماء كرامة لهذا النبي الكريم وامته ولذا كان من الخصائص وهذا لا يفيد الاخلال بمعنى الاطلاق اذ حاصله
بيان سبب شرعيته وانما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وانما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء واما كونه ملوثا وغير مطهر فهو سبب
عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين هيئة الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام
بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع الا للضرورة المتحققة من الحاجة الى الاداء مع عدم الماء تكريما للنبي محمد صلى الله عليه وسلم فذكر التلوث
وعدم تطهيره في نفسه ذكر لسبب انه مشروع حال الحاجة المذكورة اذا علمت هذا فقولهم مع الشافعي انها مطلقة اي يزيل الحدث ويستباح به كل ما يستباح بالماء على
الوجه الذي يستباح به ليستفيد به تقرير الصحة على فرض واحد لا ينافي قولهم انها ضرورية بمعنى ما سمعت فمن قال انها مطلقة في موضع وقال في آخر انها ضرورية لم يكن
مناقضا اصلا وقول من ذكر في تقريره انه لا يرفع بيقين حاصله فرق بينه وبين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف في ان الحدث امر حقيقي

وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافاً بخلاف غيره من الأعضاء ومن طلق امرأته
وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه
جعل واطئاً وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا يرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى وتأويل مسألة الولادة
أن تلد قبل الطلاق لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة فإن خلا بها وأغلق باباً أو أرخى ستراً وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه
فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذباً شرعاً بخلاف المهر لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الأول فإن راجعها معناه بعدما خلا بها
وقال لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لأنه ثبت النسب منه إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة
فأنزل واطئاً قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء

وذلك الموضع عن الإصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فإن احتمال جفافه بعد الإصابة بعيد فيه جداً لأن الغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الأعضاء في غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع **قوله** وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو الواحد يعني أن تركهما كل بالانفراد كترك عضو وعنه وهو قول محمد كترك ما دون العضو **قوله** لأن في فرضيتهما أي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافاً فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنية تنقطع فقلنا تنقطع ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطاً ولو بقي حال التحريم لم تنقطع الرجعة **قوله** ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه قبل الطلاق ثم طلقها وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور أن يكون منه بأن يأتي به لستة أشهر فصاعداً من يوم التزوج جعل منه شرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وإذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئاً وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لإقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع إياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة ما دامت في العدة وهذا العدم تعلق حق أحد بسبب إقراره وذلك خلاف ما لو ادعى في يد غيره إنسان ثم اشتراها ثم استحقت فأخذت منه قبل أن يقضى بها للمقر له ثم وصلت إلى يده بسبب من الأسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وإن كان مكذباً شرعاً بالحكم للمستحق ثم بنتيجة الرجوع له بخلاف ما لو قال في عبد إنسان إنه حر الأصل وأعتقه مولاه وكذب المولى ثم اشتراه حكم بعتقه إقراره وحرية العبد مع أن الحكم بنتيجة الشارع فرع تكذيبه فالحاصل أن تكذيب الشرع إقراره بما ثبت به حق الغير أن تكذيب الشرع إقراره بما يستلزم بطلان حق في تكذيب اللازم فينتفي لزم أو انتفاء عدم الوطء للرجعة يثبت وجوده فعاد حقه في الرجعة بخلاف إقراره بما ثبت به حق الغير فإن تكذيب الشرع يقتصر على حق نفسه فيبقى اللازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب إقراره بالحرية وثبت الحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق فإن قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وإن كان لزوماً شرعياً إلا أن تخلفه يبطل اعتبار الشرع إياه لازماً وقد فرض اعتباره لازماً فالجواب أن الامتناع في اللزوم العقلي أما الشرعي فلقد يحكم الشرع باللزوم على تقدير فيقتصر الملازمة عليه وهنا كذلك فإنه حين أقر بالعين لفلان ثبت أن فلاناً أحق بها من غيره فإذا كذبه الشرع بالقضاء بها للمستحق في إقراره أنه لفلان ثبت أنه ليس لفلان بالنسبة إلى المستحق فقط وأنه له بالنسبة إلى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه **قوله** ألا يرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان أي الوطء الذي ثبت بتكذيب الشرع إياه والإحصان له مدخل في إيجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى **قوله** وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق أي في مدة تصح بأن تلد لستة أشهر فصاعداً من يوم النكاح كما قدمنا **قوله** وأغلق باباً المناسب أغلق بابه كما فعل في أرخى لا بالواو لأن كلا منهما تفصيل للخلوة لا استقلال بإثباته الأسباب لها **قوله** لأن تأكد الملك بالوطء فبعدمه تبين بالطلاق لا إلى عدة وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار مبطلاً حق نفسه من الرجعة **قوله** ولم يصر مكذباً شرعاً الجواب عما يقال إنه هنا أيضاً صار مكذباً شرعاً حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعاً أثر الإقرار والطيان شرعاً فيمتنع كونه بناء على ذلك شرعاً وعلى ما بيناه من أنه بناء على تمام تسليم المبدل هو بضعها بالتخلية التي هي سعيها ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس في فعلها لتضررت فلم يكن مكذباً شرعاً ولا تجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبها والعدة يحتاط في إثباتها لا في انقضائها ليستلزم عليها للأزواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في إبطالها فتصير العدة قائمة شرعاً ولا رجعة عليها لأن أقيم الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك قول الملم الجنين أن العدة تستدعي سبباً في الشغل مردود بالآيسة والصغيرة لو قال جامعتها كان له الرجعة وإن كذبته المرأة في الوطء **قوله** بخلاف الفصل الأول متصل بقوله لم يصر مكذباً شرعاً يعني بثبوت النسب لظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسألة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم أجامعها حيث جعله واطئاً حكماً لأن الرجعة تبتنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لأنه لا نسب إلا مع ثبوت **قوله** معناه بعدما خلا بها وقال لم أجامعها أي ثم طلقها ثم راجعها لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق صحت أي ظهر صحتها **قوله** لأن

معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة
لانه وقع الطلاق بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت
ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالولد الاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء
حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء
لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا ويستحب
لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول عليها العدة وليس له ان يسافر
بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها
حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله
حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير
رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به

على اعتبار الثاني هو ازالة الحل لما بعد الطلاق وح فالصواب في العبارة ان يقول لان على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على عزمه
في عدم الوطء اذ المؤدي على عبارته بل على اعتبار ان الوطء بعد الطلاق بزوال الملك بنفس الطلاق لعصم الرجل فيما به فيحرم وتحصيل المقصود من هذا الكلام
بعد تعيين خطائها **قوله** المسلم لا يفعل الحرام فان قيل والظاهر ايضا انه لا يكذب فالجواب لا بد من احد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنى
وهو اعظم من مثل هذه الكذبة **قوله** وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين ان فيه للوصل فافاد ان قوله بعد ستة اشهر معناه اي فصاعدا
اقل من سنتين او اكثر وان كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان الثاني يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لان امتداد الطهر لا غاية
له الا الاياس وبه يصير مراجعا بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وفي اكثر من سنتين يكون
رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول دون الثاني فان هذا الاحتمال يسقط هنا لانهما اذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة بخلاف ما اذا كان
بينهما اقل من ستة اشهر فانهما ح من بطن واحد اذ لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدة بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة
لانها بالوطء الكائن بعد الطلاق **قوله** وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة وهو ان يكون بين كل ولدين ستة
اشهر فان كان اقل فهما توأمان فيقع طلقتان بالاولين لا غير وبالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن يقع تطليقة واحدة
بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالثة شيء ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة
بالثالث فلا يقع به شيء وان كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة
وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعا وقوله وبالثاني صار مراجعا معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثاني
طلقة ثانية لان اليمين بكلما المقتضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعة على ما ذكرنا ويقع الثالثة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطء في
النفاس وهو محرم لان النفاس لا يلزمه كمية خاصة فجاز ان يكون لحظة وجاز ان لا ترى شيئا اصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء **قوله**
تتشوف التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شوفت الشيء جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلو وجهها او تصقله **قوله** اذ النكاح قائم بينهما ولذا
جميع احكامه من التوارث ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فانها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس
وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا المراد به ان يراجعها
والحرمة بهذا النص لم يجعل رجعة لان الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام قيل ولا دلالة لها الا ان الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها او دليل ان التقبيل
بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وان نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلناه وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها الى ما دونه لان الحرمة
ليست منوطة بالسفر بل بالخروج وكما يكره السفر بها تكره الخلوة اذ قد يقع نظر ليصير مراجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها اخرى فيؤدي الى تطويل العدة عليها
وذلك حرام وقال السرخسي انما يكره الخلوة اذا لم يأمن غشيانها اذ يصير مراجعا لها بغير اشهاد وهو مكروه ومقتضى هذا انه ان امن لا يكره وان كراهة الخلوة
تنزيهية فلم يلتفت شمس الائمة الى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعا لانه بعيد جدا حيث كان انما هو النظر الى داخل الفرج وقل ان يقع مع الخلوة
حتى ان الانسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر الا ان تعمده قصدا حال الجماع لكن الوجه الذي ذكره المصنف هو قوله ولان
تراخي عمل المبطل يعني الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته اي لحاجة الزوج الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة اي العدة ظهر انه لا حاجة الى الرجعة فتبين

ولهذا يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل منافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا للزوج على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف

ان المبطل عمل الابانة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت باجنبية كما يقتضي تفسير كراهة المسافرة على تقدير ما اذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضي حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضيه انه لو راجعها ظهرت حاجته وان المبطل لم يعمل اصلا فتبين ان الخلوة والمسافرة لم تكونا باجنبية والدليل على ان عمله من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب واحتيج الى عدة مستانفة والاوجه تحريم السفر مطلقا لاطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المنع هو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور ان الخلوة باجنبية غير ضائر اذ حالة تحققها كانت زوجة يباح مباشرتها بما يباح من الزوجة **قوله** وذلك يعني استبداده به يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه اي دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ما ينافيه اي ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى رضا المرأة واذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطا ولما يدل على بقاء الزوجية في الرجعة من كل وجه ما قدمنا في اول الباب من النصوص فارجع اليه **قوله** والقاطع الخ جواب عن قول الشافعي ان الزوجية زائلة لوجود القاطع قلنا نعم وجد لكن اخر عمله اجماعا الا ان الاجماع على ان الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد ان عمله هو القطع مؤخرا ونقول اخر عمله نظرا للزوج على ما تقدم من ان حق الرجعة ثبت نظرا له

فصل فيما تحل به المطلقة لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره **قوله** لان حل المحلية تركيب غير صحيح والصحيح ان يقال لان حل المحل باق ولان الحلية باقية وهذا لان المحلية هي كون الشيء محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى لحل كونها محلا **قوله** لان زواله مرجع الضمير الحل وضمير فينعدم الزوال **قوله** ومنع الغير جواب عن مقدر وهو ان المتبادر من العبارة ان يقال لا فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فاجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر بان المنع في العدة عام بالنص قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا الاشكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا يشتبه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي اطلاق صاحب العدة عن ذلك لان الماء ماؤه ولذلك جاء الاجماع على اطلاقه واطلق وليس هذا الكلام بيان علته دليل التخصيص اعني الاجماع لان الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم اطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من اطلاقه وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه لم يجتمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع وحاصله ان العدة بعلة ما طلب دفع الاشتباه فوجود الحاجة الى الدفع مقتض لثبوت العدة المانع من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها لا انه وجد المقتضي للعدم لان العلة لا توثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم اعني وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اما لعلة اخرى ما ان يكون اظهار خطر المحل او ما ثلث حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليغير على الراغب بخلاف ما لو اطلق مطلقا كالانهر خطر به مرة اخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوا والولي العاقد عليها او هي فيهما تعبد محض لم يكن اخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما في غير ما معلل بما ولذا قيل العدة مطلقا تعبدية **قوله** وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها او غير مدخول بها لصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآه ان ينقله فضلا عن ان يعتبر ولان في نقله اشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال وممن صرح فيه لعدم الفرق مختارات النوازل والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد اكفار مخالفه **قوله** المراد اي المراد بقوله تعالى فان طلقها

لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي حملا
للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد مستفاد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر روي بروايات

الطلقة الثالثة لانه ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها اي الثالثة هذا قول الجمهور وذهبت طائفة الى ان الثالثة
هي قوله او تسريح باحسان فان ابا رزين العقيلي سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين في القرآن فاين الثالثة فقال هو قوله او تسريح باحسان كذا
في المبسوط فكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح او بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الخلاف في ان المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه
عقبها بقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة والا لكان الثاني ذكر شرطا لا عينا حكم الثالثة والاول ذكر البيان ابتداء
شرعية الثالثة وحاصله ان يقال شرعها اولا ورتب على الثالثة حكما وبين ان لا قطع له الطلاق مرتان بعدهما امساك بمعروف او تسريح بالثالثة باحسان فان
طلقها الثالثة اعتبار الاحد الامرين الجائزين له فحكمه ان لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وفيه ان كليهما مراد به الثالثة **قوله** لحل المحلية فيه مثل ما سبق **قوله** ثم الغاية
اي غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي امة ثم ملكها او ثلاثا الحرة فارتدت ولحقت
ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطيها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها **قوله** والزوجية مطلقا اوكذا الزوج مطلقا انما يثبت بنكاح صحيح لان
المطلق ينصرف الى الكامل او لانه المتبادر عند اطلاقه خصوصا اذا كان مضافا الى المستقبل دون ما في النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضي لان المراد في الاول
التحصن والاعفاف وهو لا يحصل الا بالصحيح وفي الثاني صدق الاخبار وهو يحصل بالتزوج فاسدا فلذا حنث في يمينه لم يتزوج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوج
قوله وشرط الدخول ثبت باشارة النص الخ لا يخفى ان على تقدير حمله على الوطي انما يثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق **قوله** حملا للكلام على الافادة دون
الاعادة يعني ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ ينكح على العقد لان اسم الزوج يتضمن اعادته لدلالته عليه التزاما بخلاف ما اذا حملناه على الوطي وان كان النكاح مجازا
بالنسبة الى المراد اذ هو حال النسبة اليها يراد به التمكين من حقيقته لا حقيقته فان المجاز في الكلام اكثر من الاعادة بهذا الوجه على العموم وفيه وجه آخر على ان الاعادة وهو ان
في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فان حقيقته الوطي والزوج في الاجنبي مجاز باعتبار الاول وعلى الوطي مجاز واحد وهو النكاح في التمكين والزوج
حقيقة **قوله** او يزاد على النص بالحديث المشهور هذا انما يتصور اذا اريد بلفظ ينكح في النص العقد لا على ارادة الوطي فيه **قوله** روي بروايات روى الجماعة من
حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل ان يواقعها اتحل لزوجها الاول
قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الاول وروى الجماعة الا ابا داود عن عائشة رضي الله عنها جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت
كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فابت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاي لا غير وان ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اتريدين ان
ترجعي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي لفظ الصحيحين انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفي لفظ للبخاري
كذبت والله يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد ان ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان
كذلك لم تحل له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لها هذا وانت تزعمين ما تزعمين فوالله لهم اشبه به من الغراب بالغراب وهو في الموطأ هكذا انا مالك عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن
بن الزبير ان رفاعة بن سموال طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الرحمن بن الزبير فلم يستطع ان يمسها
ففارقها فاراد رفاعة ان ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة ووقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها
كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بني قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال والله

ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رضي الله عنه وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رح يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأة وجب عليهما الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا **قال** ووطء المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

يا تميمة لا ترجعي الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره قال لم يرده عن ابي اسحق الا سلمة ابو الفضل **قوله** ولا خلاف لاحد فيه اي من اهل السنة اذ المراد الخلاف العالي سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه **قوله** نفذ لمخالفته الحديث المشهور قال الصدر الشهيد من افتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين انتهى وبهذا الان شرعية ذلك لاغلاظة الزوج حتى لا يسرع في كثرة الطلاق حوطا لابغض حين عن الغض ما يباح **قوله** والشرط الايلاج بقيد كونه عن قوة نفسه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة المحل فلو اولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها الا ان انتعش وعمل والصغير الذي لا يجامع مثله اولى لانه لا يجد لذة اصلا بخلاف من في آلته فتور والجبانية حتى التقى الختانان فانها تحل به وخرج المجبوب الذي لم يبق له شئ يولج في محل الحل اي محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل وفي المبسوط في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحل وان لا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبي او دونه ودخل الخصي الذي مثله يجامع فيحلها وفي التجريد لو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وفي الخلاصة لو كان مشلولا وجامعها حلت عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح والحسن ويشترط كونه في المحل بيقين حتى لو جامعها وهي مفضاة لا تحل ما لم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها فطلقها زوجها ثلثا فوطئها هذا الزوج فافضاها لا تحلها وان كانت يوطأ مثلها حلت وان افضاها **قوله** دون الانزال خلافا للحسن البصري لا يحل عنده حتى ينزل الثاني حملا للعسيلة عليه ومنعها بانها تصدق معه ومع الايلاج وانما هو كمال وفي مسند احمد انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هي الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع يثبت فيه الا ان في سنده ابن عبد الملك المكي مجهول **قوله** وهو الشرط بالنص فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره لحلت بدخول الصغير الذي لا يجامع مثله لكنها لا تحل لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ ايضا وسواء كان حرا او عبدا تزوج باذن المولى عاقلا او مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما او ذميا في الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم اجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج **قوله** وفسره اي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين ولا نقص مما اسلفناه في باب الاولياء والاكفاء من اشتراط الزوج كفوا على رواية الحسن عن ابي حنيفة اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول ابي يوسف رح وهو المختار للفتوى في زماننا على هذه الرواية لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله **قوله** ووطء المولى لا يحلها لزوجها لما قدمناه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى بزوج **قوله** بشرط التحليل بان يقول تزوجتك على ان احللك او تقول هي فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له اما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل ماجورا لقصد الاصلاح والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة بن عامر وابي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة هكذا قال صلى الله عليه وسلم الا اخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى يا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في علله الكبرى الليث بن سعد ما اراه سمع من مشرح بن هاعان ولا روى عنه ودفع بان قوله في الاسناد قال لي ابو مصعب مشرح يرد ذلك ورواه الدارقطني معنعنا عن ابي صالح كاتب الليث عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره

وهذا هو محلل فإن طلقها بعد وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يفسد النكاح لأنه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده وعن محمد رحمه الله أنه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلث كما يهدم الثلث وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلث

ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط وأبوه عثمان بن صالح المصري ثقة أخرج له البخاري وشرح ووثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين أنه وثقه والعلة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره وقال الزيلعي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهية النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لأن المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وظاهره أنه اعتراض ثم جوابه الاعتراض نشأ من عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك أنهم لا يطلقون اسم الحرام إلا على ما ثبت بقطعي فإذا ثبت بظني كرهوه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب وأما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك إذ قد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطي كلامه من تسميته المنع الثابت بظني حراما **قوله** هذا أي المحلل الشارط هو محمل الحديث لأن عمومه وهو المحلل مطلقا غير مراد إجماعا والأشمل المتزوج بغير رغبة **قوله** لأنه في معنى الموقت والموقت في معنى المتعة وهو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا يحلها وتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا للحل ولأنه ملعون وعقد النكاح نعمة ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ويؤيده ما في مستدرك الحاكم جاء رجل إلى ابن عمر رضي الله عنه فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها للأخ هل تحل للأول قال لا إلا نكاح رغبة كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع إذ تعيين نهاية الوطء لا يستلزم تعيين وقته لأن الوطء قد يكون في ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع وقول ابن عمر رضي الله عنه لم يرفعه حتى يعارض به الحديث وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم أنهم كانوا لا يحكمون بحلها للأول لصدقه مع ثبوت الحرمة **قوله** لأنه استعجل حاصله أن المفسد هو التوقيت منتف لأنه ليس بموقت والغرض وهو حلها له يتخلف لأنه استعجله بطريق محظور كقاتل المورث لا أن هذا القياس معارض للنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا ثم اعترض عدمه مغيا بنكاح زوج فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البتة ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل أن تقول زوجتك نفسي على أن أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد فإذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الأمر في يدها وهذا بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم إلى أنه يصح الشرط أيضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه ونقل عن أبي حنيفة رحمه الله في روضة الزندويستي وذلك غير معلوم في ظاهر الرواية ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت ينبو عنه قواعد المذهب لأنه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الأصل ولا شك أن النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وأن لا يجبر على الطلاق نعم يكره بالشرط كما تقدم من محمل الحديث ويبقى ما إذا نوياه وهو قصد التحليل بلا كراهة وما في السروجي من أن الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل كلامهم لأنه لا يلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون معروفا بين الناس وإنما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشتهرا به وهنا قول آخر وهو أنه مأجور وإن شرط لقصد الإصلاح وتأويل اللعن عنده هو إذا شرط الأجر على ذلك هذا ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لأمكن أن يقال إن مقتضى الألفاظ أن تعلق اللعن به إذا أكثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الأمر شرط أو لا لأن المحلل من فعل بتشديد العين وهو للتكثير في فعل الفاعل أو المفعول فلو أراد تعليق اللعن به مرة إذا شرط لقال المحل من أحل بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر رضي الله عنه تصرف عن هذا فيكون من تخرقت اللحم وإن لم يكن فيه تكثير **قوله** ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين يعني إذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسألة بالحرة لو وضعها في الأمة هدم الطلقة والطلقتين لا يتحقق في الأمة إلا هدم طلقة واحدة لأنه لا هدم في الأمة أصلا **قوله** وقال محمد رحمه الله لا يهدم والمسألة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت

لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة

عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها او طلقها ثم انقضت عدتها واراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس رضي وقال ما تقول في هذا قال يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلث واسئل ابن عمر رضي قال فلقيت ابن عمر رضي فقال مثل ما قال ابن عباس رضي وروى البيهقي من طريق الشافعي وبسنده عن عمر رضي نحوه قال هي عندي على ما بقي ونحوه عن علي رضي ونقل عن ابي بن كعب وعمران بن الحصين فاخذ المشائخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشائخ الصحابة والترجيح بالوجه **قوله** لانه غاية للحرمة اي لان الزوج غاية الحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له اي مطلقا الا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون اي الزوج منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت اي ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلث فلا يكون منهيا قبلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج او قبل اصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات فانا قد عملنا بالنص وجعلناه منهيا للحرمة في صورة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا قلنا انه بتركيب اسم الفاعل وهو الحديث المذكور آنفا ووجه الاستدلال انه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت تقدم آنفا ان محمل الحديث الشارط للحل للعلم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا تعلقت بالمتزوج تزوج رغبة فلا بد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا شارط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل الجديد شرعا لانه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه قيل لا شك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمفيد الحل بعد مثبت الحل اذا شرط الحل فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظه من التركيب المذكور بل كله مضمر ففيه دليل على ان الزوج مثبت الحل وتعلق اللعنة به اذا شرطه وبه يندفع ما قدمناه ويظهر ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محل اللعنة المحلل اذا شرطه الا ان المراد بالمحلل في لفظة الحديث هو الشارط للحل لما بينا من انه لا بد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ما قيل انه لما جعل محللا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها واجيب بانه يثبتها في غيرها بدلالة لانه لما كان محللا في الغليظة ففي الخفيفة اولى وليس ثابتا بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع مع كونه زوجا لان صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل في التعليل لانه لو دخل لانسد باب القياس لان محل الاصل غير محل الفرع واورد عليه ان ذلك حيث يمكن وهو لا يمكن هنا لان الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال واجيب بانه لا يقبل المحل اصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه بان يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين وما صلح سببا لاصل الشيء صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غايته ما تحقق من الشارع تسميته محللا ومفهومه لا يزيد على انه يثبت بمجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه كون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس بالاتفاق لحال هو انه محل تبدى فيه الحال لاستيفاء الزوج ماله من الطلقات قبله وحيث ابتداء ثبوت الحل كان تبعا لا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي الائمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الاسرار ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة رضي يعز فقهها ويصعب الخروج منها وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم اتريدين ان تعودي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي من عسيلته فغيا عدم العود بالذوق فعند ذوقه ينتهي عدمه ويثبت هو والعود هو الرجوع الى الحالة الاولى وهي يملك فيها الزوج ثلث تطليقات وليس الشيء يصدق حقيقة قبل الزوج الثاني لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تحلل زوج اتريدين ان تعودي الى فلان صدق حقيقة وان كان العود لا الى ما يملك به ثلثا فالحاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود الى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل للانقطاع اشتراط عموم وجه التشبيه **قوله** فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي في النهاية انما ذكر اخبارها بكل ذلك مبسوطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكره مبسوطا لا تصدق في كل حال وعن السرخسي لا يحل له ان يتزوجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد وفي التفاريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ما تزوجت او ما دخل بي صدقت انه لا يعلم ذلك الا من جهتها والتشكل بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته وكانت متناقضة فينبغي ان لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كانت مجوسية او مرتدة او معتدة او منكوحة الغير او محرمة ان كان

لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة

التزوج بغير شهود ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كانه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى انتهى كلامه من فتاويه ثم رايت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الفتاوى في باب الباء لو قالت بعد ما تزوجها الاول ما تزوجت بآخر وقال الزوج تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا الا اني جامعتها ان صدقت المرأة لا تحل للزوج الاول وان كذبته تحل كذا اجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يدخل بي لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها هل تحل للاول قلت ينبني الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وعن الفضلي لو قالت زوجني فاني تزوجت غيرك وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا ان يكون اقرت بدخول الثاني كانه والله اعلم يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على النكاح ما اعترفت به ولذا قال الا ان تكون المرأة اقرت بدخول الثاني فانه لم تقبل قولها فانها حينئذ تكون مناقضة مصرحة وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلث وظن انه لم يحنث فافتيت المرأة بوقوع الثلث وخافت ان اعلمته بذلك ان ينكر بل لها ان تستحل بعد ما انقضت عدتها بسفر ويأمره اذا حضر بتجديد العقد قال نعم ديانة **قوله** لانها معاملة انث الضمير وان كان مرجعه هو النكاح مذكرا لتانيث خبره وفي غير نسخة لانه على الاصل وقول الواحد فيهما مقبول كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات وكذا يقبل قول الاماء والعبيد في الهدية **قوله** وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله فاذا ان تصدقها اذا وقع في قلبه صدقها اشترط احتمال المدة ذلك **قوله** وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها واجاب بعضهم بانه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن ان يكون اراد في عدة غير هذا الكتاب ومثل هذا مما يقضي العجب من تسطيره في الاوراق ممن هو من اهل العلم ولا توفيق الا بالله واذا لم يقع بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح وذكر ما عندنا من الخلاف اختلف في اقل ما تصدق فيه اذا ادعت الا ان انقضاء العدة بالاقراء فقال ابو حنيفة رحمه الله لا تصدق في اقل من ستين يوما اذا كانت حرة وقالا اقلها تسعة وثلثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة اهلها انها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها فقال له علي رضي الله عنه قالون ومعناه بالرومية احسنت ومذهب الشافعي انها اثنان وثلثون يوما ولحظتان ان وقع الطلاق في الطهر وسبعة واربعون لو وقع في الحيض وقال ابو ثور سبعة واربعون وقال مالك في الجواهر ... وقال سحنون ... وابو عبيد ان كان لها اقراء معلومة يعرفها بطانة اهلها تصدق على شهادتهن والا لا تصدق في اقل من ثلاثة اشهر وقال الحنابلة تسعة وعشرون ان قلنا اقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر يزداد اربعة ايام فيصير ثلاثة وثلاثين وما احسن قول اسحق وابي عبيد وهو الا ان العادة ان الشهر الواحد لا يشتمل على اكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة اذا اخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة الا ترى ان الوصي اذا قال انفقت عليه مائة في يوم لا يصدق وان احتمل صدقه بان تكرر هلاك المشتري في اليوم الا يرى ان الله سبحانه وتعالى لما اقام الاشهر مقام الاقراء في الآئسة والصغيرة قدر العدة بثلاثة اشهر فقال واللائي يئسن من المحيض الى قوله تعالى فعدتهن ثلاثة اشهر بخلاف ما اذا شهدن بما دون العدة فانه حجة ثبت ان هذا من النادر وهذا هو المذكور في وجه ابي حنيفة رحمه الله رايت ان قول اسحق ومن معه اولى به فان لم يوجد فهذا ينبغي ان لا يعدل عن قول ابي حنيفة رحمه الله وتخريجه على قول محمد رحمه الله ان يجعل مطلقا في اول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج الى ثلاثة اطهار بخمسة واربعين كل طهر بخمسة عشر وثلث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة اخذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن زياد ان يجعل مطلقا في آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاث حيض بثلاثين يوما اعتبارا للاكثر وطهرين بثلاثين ثم يحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه خمسة وثلثون طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد رحمه الله يعتبر الطهر الذي وقع فيه الطلاق في اوله فالمجال ثلثون وحيضتان بعشرة وتخريج قولها ان يجعل مطلقا في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلث حيض ... اعتبارا للاقل

باب الإيلاء

وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه

ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه أحد وعشرون يوما حيضتان لستة وطهر خمسة عشر يوما ومثله للثاني وزيادة طهر يعني إذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن تتزوجها لا يجوز حتى تحتسب مع المدتين طهرا آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لأن الزوج الثاني إذا جعل مطلقا في آخره والغرض أن عدة الأولى انقضت بأول الطهر لزم ما قلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر خمسة عشر ثم ثلث حيض وطهران بستين وهذا لأن المرئي في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده وكون ما بعده حيضا موقوف على ما تقدم طهر تام وهو ما قلنا هذا في حق الزوج الأول ثم يحتاج في الثاني إلى ستين على ما سمعت على التخريجين وعند أبي يوسف تصدق في حق الأول في خمسة وستين يوما لأن نفاسها يقدر بأحد عشر يوما عنده لأن مدته أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة أطهار وتحتاج في حق الثاني إلى ثلث وثلاثة أيضا وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وساعة لأنه لا غاية لأقل النفاس فإذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلث حيض وطهران وتحتاج في حق الزوج الثاني إلى أربعة وخمسين يوما ثلث حيض وثلاثة أطهار هذا في حق الحرة وأما في حق الأمة فتخرجه على المذهب غير خاف والله الموفق

باب الإيلاء تحريم الزوجة بأربعة طرق الطلاق والإيلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لأنه الأصل والمباح في وقته ثم أولاه الإيلاء لأنه أقرب إليه في الإباحة لأنه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق أن تحريمها ليس إلا بالطلاق في الحال أو إلى انقضاء العدة غير أن ثبوته بأسباب الأصل والأشهر منها الابتداء تنجيزا أو تعليقا فقدم ثم أولى الإيلاء لأنه لا يلزمه المعصية إذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس بخلاف الظهار واللعان فإنهما لا ينفكان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لأنه أيضا لا يستلزمها لجواز أن تسأله لا للنشوز بل لقصد التخلي للعبادة أو لعجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره وإنما قدم الإيلاء عليه مع اشتراكهما في استلزام المعصية والانفكاك منها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والإيلاء لغة اليمين والجمع الألايا قال قليل الألايا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت وفعله آلى يولي إيلاء كتصريف أعطى وفي الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان وهو أولى من قول الكنز الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر لأن مجرد الحلف يتحقق في نحو إن وطئتك فلله علي أن أصلي ركعتين أو أغزو ولا يكون بذلك موليا لأنه ليس مما يشق في نفسه وإن تعلق اشتقاقه بعارض فيهم في النفس من الجبن والكسل بخلاف إن وطئتك فعلي حج أو صيام أو صدقة فالمولي من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه وهو أولى من قولهم من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصوره عن نحو إن قربتك فعبده حر أو فلانة طالق وأما ركنه فهو الحلف المذكور وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر والأول بالزوجية والثاني بأهلية الطلاق عنده وبأهلية الكفارة عندهما فيصح إيلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا أقربك فإن قربها لا يلزمه كفارة وإن مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما إلا أن آلى بما هو قربة كإن قربتك فعلي حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كإن قربتك فعبدي حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر وألفاظه صريح وكناية فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطأك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فلو ادعى أنه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لا أغيظنك لأسوءنك لا أدخل عليك لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون إيلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لفظان لا أجامعك لا أنيكك وهذه كنايات تجري مجرى الصريح والأولى الأول لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا لا بالحقيقة وإلا لوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثاني ما ذكر وفي البدائع الافتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والدنو كناية وكذا لا أبيت معك في فراش ويخالفه ما في المنتقى لا أنام معك إيلاء

ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح لا تبين بتفريق القاضي

بلا نية وكذا لا امس فرجي فرجك في الذخيرة وفي جوامع الفقه ما يخالفه قال في لا امس جلدي جلدك لا يصير موليا لانه يمكن ان يلف ذكره بشيء وفي المرغيناني يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الغرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة الى النية وهو فرع ان يراد به ذلك ولا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفي التحفة لو قال انا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب في الشرع فان عنى به الايجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه اوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال انت علي مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا الا [illegible] في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل ان يقول الايلاء الحلف الى آخره وقوله انت علي مثل امرأة فلان او انا مول اليمين فيه صيغة حلف الشائية ولا التعليقية لان معنى الحالف قوله والله لا اقربك ونحوه او ان قربتك وليس قوله انت مثلها اياه ولا يحتملها الوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا الا ان هذا جواب الرواية صرح به الحاكم ابو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى اشركتك في ايلاء هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلي يمين او كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله انا منك مول معناه انا منك حالف ومعلوم انعقاد اليمين بقوله انا حالف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله انا حالف وكذا التشبيه المذكور يؤول اليه ولو قال لا ادخلنك في الدبر او فيما دون الفرج لم يصر موليا خلافا لمالك رح ولو قال لا اجامعتك الا جماع سوء سئل عن نيته فان قال اردت الوطي في الدبر صار موليا وان قال اردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم تكن له نية وان قال اردت دون ذلك فهو مول **قوله** ولزمته الكفارة وليس حكم المولي مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولي المذكور في قوله اذا قال الرجل والله الى آخره لما ستعرف ان المولي الذي لا يكون حكم الكفارة بذلك التقدير وقال الشافعي رح في القديم لا كفارة في خصوص هذا الحنث لانه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء والمراد الجماع لانه في الاصل الرجوع وبالجماع تحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله في الجديد كقولنا الا ان وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي الزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والاخروي اعني المغفرة وسقوط الكفارة وثبوت احدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية اذا حنث الحالف فيها تاب فان توبته تثبت معها [illegible] الكفارة فيها اذا الاطلاق قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت بالذي هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه قال قتادة خالف الحسن الناس **قوله** وسقط الايلاء باجماع العلماء على معنى انه لو [illegible] اربعة اشهر لا يقع طلاق آخر لان اليمين تنحل بالحنث **قوله** وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لم يقل الشافعي رح تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه او الحاكم وبه قال مالك واحمد رح ورجح بان الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثالثة بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم وجه دفعه في الكنايات غير انه يستدعي سببا والسبب هنا انه وقع للتخليص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه بسبيل من ان يردها الى عصمته وبعيد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع وجود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها باثباته ثم الخلاف في موضعين احدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيها توقف الى ان يفيء او يطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب فاقتضى جواب الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء للتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل الجمل للتفصيل مجمل قبلها وغيره فان كانت للاول كقوله تعالى فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من اهلي ونحو توضأ

لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم اجمعين

نفسل من جهد يده رجليه مع انه فلا يفيد ذلك تعقيب بل التعقيب الذكري بان ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كجاء زيد فقام عمرو وكل من التعقيبين جائز الارادة في الآية المعنوي بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا اي بعد الايلاء والذكري فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم ان يتربصوا اربعة اشهر من غير بينونة مع عدم الوطي كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع لهذا الغرض فيصح كون المراد فان فاؤا اي رجعوا عما استمروا عليه بالوطي في المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكري او بعدها تعقيبا على التربص فان الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التي هي توبة او غفور للحنث في اليمين ان كان برضاها الغرض تحصين ولدعن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه فنظرنا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح احد الجائزين وهو كون الفيء في المدة اما باعتبار ان الاصل يوافق التفسير شاذة كانت او مدرجة شاذة فتنزل التفسير المرادبالآخر واما باعتبار انها تستقل لاثبات كونه في المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها اعم من كونه فيها او بعدها بناء على انها حجة عندنا وان ابى الخصم ورد المختلف الى المختلف فيه تم اذا ثبت الاصل ولا شك ان القراءة الشاذة انما يقرأها الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية اخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامر بين كونها قرآنا او خبرا عن صاحب الوحي وذلك دون ان يبين الحجية حتى وجه بينها على وجه آخر لا يبين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المفاد بها جواز الفيء في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في ان الفيء بعدها حتى لا يحنث بيمينه اذا لم يفيء فيها او لا بل يحرد بمضيها وقع الطلاق فلا يمكن من استيفائه والقراءة المذكورة لا تنفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء على هذه القراءة ان يفيء في المدة او يثبت الطلاق بتطليقه او تطليق القاضي على الخلاف هذا هو المفاد بقوله تعالى فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على عرف من التأويل لان الترديد مأخوذ في كل قسم منه نقيض الآخر اي وان عزموا الطلاق فلم يفيؤا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة ان لا فيء الا في المدة الثاني ان بمضي المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون التفريق الا بالطلاق او بطلاق القاضي لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه ولان اليمين يشير الى انه مسموع وهو قوله تعالى فان الله سميع عليم ولان الوجه الذي ذكره المصنف وحاصله الحاق المولي بالعنين في حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجامع انه امتنع عن الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه ولو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى تتم بمضيه وان عزموا الطلاق وان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس كما يسمع وسوسة الشيطان عليم بما استمروا عليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندرج في هذا جواب الثاني وعن الاخير بان العنين ليس بظالم فاشبه التخفيف عليه لذا كان اجله اكثر والمولي ظالم بمنع حقها فجازى بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء موقع فقد كان في الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع مؤجلا او نقول جاز ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق اسم لرفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ انت طالق الآلة التي يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ الا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بعد ان يحكم به عند ظلمه بمنعها حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون ظالما بذلك وهو بوطية واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم لانا نقول ذلك في الحكم فاما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها احيانا ليعفها فان ابى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقي ان يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه ولكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا فان الآية وان صح

وكفى بهم قدوة ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة
فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به

فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود رضه لما افادت ان لا فيء بعد المدة لزم انتفاء قولكم من الحكم باحد الامرين من الفيء او الطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بامر واحد هو الطلاق وهذا التقرير هو محمل استدلال المصنف حيث قال ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة والا فظاهره انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع كانه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة بقراءة اخرى الى آخر ما ذكرنا واحتج ايضا بآثار وهي ما روى الدارقطني قال ثنا ابو بكر الميموني قال ذكرت لاحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سنذكره مما يوافق مذهبنا فقال لا ادري ما هو وقد روي عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن ابي ثابت عن طاوس عن عثمان رضه وبما روى مالك رحه في الموطا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق وان مضت الاربعة الاشهر توقف حتى يطلق او يفيء وبما روى البخاري عن ابن عمر رضه بسنده انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا يحل لاحد بعد ذلك الاجل الا ان يمسك بالمعروف او يعزم بالطلاق كما امر الله تعالى وقال لي البخاري قال لي اسمعيل بن اويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر رضه قال اذا مضت اربعة اشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي رحه ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال ادركت بضع عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول توقف المولى وقال بعضهم روى سهيل بن ابي صالح عن ابيه قال سألت اثني عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى يمضي اربعة اشهر قلنا آثار الاربعة الاول معارضة فالاول فما روى عن عبد الرزاق ثنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن عثمان بن عفان رضه وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا اولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذاك فان حال رجاله لا يعرف الا حبيب وهو ايضا اعضله ولا يعلم ان طاوسا اخذ عن عثمان رضه فهو منقطع واما الثاني فما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن قتادة ان عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وكل منها مرسل فان رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وبها ستعار ان وتوفي قتادة سنة سبع عشرة او ثمان عشرة ومائة على اختلاف الاقوال وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غير واحد سنة ثماني عشرة وقيل سنة اربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل ست عشرة فاعدلا في هذا القدر ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظيم الحفظ والاتقان والمحافظة على الاداء كما سمع بعينه اكثر واشهر من المثبت لمحمد ثم قال عبد الرزاق عن معمر قال جاء رجل الى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت منها اعظم مما دخلت ورأيت حمامة اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت اصغر مما دخلت ورأيت اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين اما التي خرجت اعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه واما التي خرجت اصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويشك واما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو احفظ الناس انتهى وفي ترجمة النعمان من حفظه واما الثالث والرابع فما اخرجه ابن ابي شيبة ثنا ابو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضه وابن عمر رضه قالا اذا آلى فلم يفئ حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم اخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضا فلم يبق الا قول من قال بان اصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف وقد بينا في كتاب الصلوة انه تحكم محض لانه اذا كان الغرض ان الرجال على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يبق الا كونه لم يكتب في خصوص اوراق معينة ولا اثر لذلك وقول البخاري اصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر رضه لم يوافق عليه فقد قال غيره غيره وقال المحققون ان ذلك يتعذر الحكم به وانما يمكن بالنسبة الى صحابي وبلد فيقال اصحها عن ابن عمر رضه مالك عن نافع عنه

وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم

وعن أبي هريرة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عنه وأصح أسانيد الشاميين الأوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة رض وأصح أسانيد اليمانيين معمر عن همام عن أبي هريرة رض ونحو ذلك وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اقتحام هذه فإن في خصوص المواد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك ثم قد يكون الراوي المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له على منه على غير أحاطه بأفراد متونه وأعلم بعادته في تحديثه وعند لبسه إن كان وبقصده عند إبهام وإرساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة إذا في فرد معين فرض أن غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط أو أرفع سمعه منه فأتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته يكون ذلك مقدما عليه في روايته بمعارضته ما هو إلا محض تحكم فإن بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر إلا بالملازمة وأثرها الذي يزيد به على الآخر إنما هو بالنسبة إلى مجموع متونه لا بالنسبة إلى خصوص متن ورجح فما هناك لسعيد بن جبير وقد روي عن ابن عمر وابن عباس رض خلافه وأما رواية الشافعي ره عن سليمان فحاصلها أن قول جماعة من الصحابة رض كذلك وكذا ما ذكر من سهيل ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال في الفقه كما أسمعناك عن كبر وكون من ذهب إلى خلاف المروي عنهم أفقه وأعلى منصبا ونحن قد أخرجنا ما قلناه عن الأكابر مثل عثمان وعلي رض ما على ترجيح ما عارضناه وكذا عن زيد بن ثابت وهو من كتابهم من أخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركابه حين ركب وقال هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس رض فيما قدمناه وكذا عن عمر بن الخطاب رض أخرج الدارقطني عن ابن إسحاق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن أن عمر بن الخطاب رض كان يقول إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهو أملك بردها ما دامت في عدتها وابن إسحاق صرح فيه بالتحديث وأخرج عبد الرزاق ثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال آلى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود رض فضرب فخذه وقال إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول وأخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبي سلمة وهذا ترجيح عام وهو أن كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه لأنه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا أنه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لأنهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل على أنه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لأحد الفريقين أصلا **قوله** وإن كان حلف على الأبد هو بأن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول لا أقربك مقتصرا إلا أن تكون حائضا فليس موليا أصلا لأنه ممنوع بالحيض فلم يقتصر المنع ولو قال والله لا أقربك إلى اليمين ولذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا **قوله** إلا أنه لا يتكرر استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما تقدم فإنه يفيد أن ثمة تقع أخرى عند مضي أربعة أشهر أخرى إذا كانت لم تنقض عدتها بعد ذلك قال أبو سهل وعليه مشى المرغيناني لأن حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فأنت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا إذا صرح بلازمه والمختار قول الكرخي ره وأنه لا يقع إلا إذا تزوجها وعليه مشى في البدائع وتحفة الفقهاء وشرح الإسبيجابي والجامع لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الأول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد إيلاء ثبت حكمه من الوقوع عند مضي الأشهر جزاء للظلم وليس للمبانة حق الوطء فلا ينعقد الإيلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم البر فيه بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها ثم مضت مدة الإيلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الإيلاء لصدوره في حال تحقق ظلمه فيكون وضع منزلة تعليق البائن والبائن المعلق يلحق البائن المنجز في العدة على ما أسلفناه في إلحاق الكنايات وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبي سهل أنه كقوله كلما مضت أربعة أشهر

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بيناه
فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية
وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطيها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من
اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رض لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة
بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين

فانت طالق وذلك لان قوله والله لا اقربك اربعة اشهر انما صار بمنزلة قوله فاذا مضت اربعة اشهر فانت طالق اذا انعقد ايلاء شرعيا مستعقبا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر
وانعقاده ايلاء انما يكون حال كونها محلا لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن محلا كان لغوا بالنسبة الى الحكم الذي هو ترك قربانها وهو اعم من الايلاء فلا يستلزمه فبقي يمينا دون ايلاء فلا يصير كقوله
كلما مضت اربعة اشهر فانت طالق فيتفرع عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطي كما لو قال للاجنبية والله لا اقربك ابدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت اربعة اشهر لا تطلق ولو وطيها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا
تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلث بواسطة تكرر النكاح في الايلاء المطلق لزمه الكفارة لو وطي وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطي **قوله** ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت
التزوج اطلق في ذلك كما في الكافي وقيده في النهاية والغاية تبعا للتمرتاشي والمرغيناني بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فاما ان كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق وشمله لو آلى من زوجته
مؤبدا ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الايلاء فان مضت اربعة اشهر وهي في العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شيء وان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء ويعتبر ابتداؤه
من التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله فلو تزوجها في العدة احتسب به قال في شرح الكنز وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه انتهى فالاولى اعتبار الاطلاق
كما في الهداية **قوله** لتقييده بطلاق هذا الملك لان الغرض منه المنع وذا انما يحصل بطلاق يخاف بطلانه ولا يخاف بطلان حل سيوجد بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم على ان قد بينا
في مسئلة التنجيز وهو ما اذا علق طلاقها بالدخول ثلاثا ثم نجز الثلث فتزوجت بغيره ثم عادت اليه فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فهذه فرع تلك وفيه خلافه وكذلك كذا الوالي من امرأته ثم طلقها
ثلاثا بطل الايلاء حتى لو مضت اربعة اشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الايلاء المؤبد لا يعود الايلاء خلافا له ولو بانت
بالايلاء مرة او مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت اليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها اربعة اشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة
الهدم وقد عرفت **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا قال به الائمة الاربعة واكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعي وقتادة وحماد
وابن ابي ليلى واسحق يصير موليا في قليل المدة وكثيرها فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة لاطلاق الآية في ذلك فانه لم يقيد الايلاء بكونه على
اربعة اشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص واطلق الحلف وكان ابو حنيفة رح اولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس رض لما صح عنده
فتواه بخلافه اخرج ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رض قال اذا آلى من امرأته شهرا او شهرين او ثلاثة
ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء واخرج البيهقي عنه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك فوقت الله عز وجل اربعة اشهر فان كان
اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء واخرج ابن ابي شيبة نحوه عن عطاء عن طاوس وسعيد بن جبير والشعبي ولا شك ان ظاهر الرواية كقول من
قال بانه ايلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على
النص اذ هو تقييد لاطلاق الحلف في كونه ايلاء فلا يجوز الا ان يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكره هو ان المولى من لا يقدر على القربان في المدة الا بشيء يلزمه
وهذا ليس كذلك فرع كون اقل المدة اربعة اشهر والا نحن لا نقول بقوله اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فاثبات كون الاقل اربعة اشهر به
مصادرة **قوله** ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع الخ قيل هو بناء على انه اذا آلى اقل من اربعة اشهر شهرا فان وضع المسئلة في الاصل اذا حلف
لا يقربها شهرا والا فالاقل من الاربعة لا يستلزم كون الامتناع الا في بعض المدة مطلقا الا في اكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة اشهر وقيل لفظ اكثر مقحم وبعد
ذلك التقريب ظاهر وقيل اراد بالاكثر تمام المدة اربعة اشهر سماها اكثر لانها اكثر من المدة المحلوف عليها ولا اشكال لان المانع غير موجود في جميعها
في جميع صور الحلف على اقل من اربعة اشهر واستضعفه في الكافي قال وانما يصح ان لو قال في اكثر المدتين انتهى ووجهه ان افعل التفضيل يلزم
في اضافته الى شيء كونه بعض ما اضيف اليه وكذا امتنع يوسف رض احسن اخوته وخواص البشر افضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التي هي المراد بالاكثر

وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

بعض المدة المضاف اليها الاستحالة بكون الاربعة بعض ما هو اقل منها فلزم في صحته ان يقول اكثر المدتين يعني المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهي اربعة اشهر مدتان والثانية اكثرهما ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان احسن واسلم **قوله** وشهرين بعد هذين الشهرين الى اخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا في حكم المسئلة الاولى بل قيد في الثانية فقط ولفظ يوما في الثانية ليس قيدا اذ لا فرق بين مكثه يوما او ساعة وقيل تكرير اليمين في مجالس ومجالس بينها اقل من يوم يجيز عند ابي حنيفة وابي يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان اثبات المذهب نصوا على ان قوله والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكي في قوله والله والله لا افعل كذ فذكر ان الظاهر الرواية انهما يمينان وفي نوادر ابن سماعة يمين واحد وفي المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينا واحدة استحسانا وفرع في الدراية في آخر الباب من غير ان يعزوه قال والله لا اقربك مرارا في مجلس واحد تتعدد الكفارة ويطلق ثلثا بتتابع بعضها بعضا قياسا قال وهو قول محمد وزفر وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا اقربك شهرين لم يزد على ذلك لم يكن موليا ايضا لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد او لساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين فالحاصل من حلفيته الحلف على شهرين ويوم او ساعة على حسب الفاصل والاصل في جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء ويمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر ويتحد الحنث وعليه فتعدد البر يتعدد المدة لانه يتعدد الايلاء وهو يتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين يتعدد اسم الله او تكرار حرف لا داخلة على المدة ومن زاد السكوت لم يحتج اليه لان الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد ومن تعدده في التجريد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم مثال تعددهما اذا جاء غد فوالله لا اقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا اقربك اما انهما يمينان فلتعدد الذكر واما انهما ايلاءان فلتعدد المدة فان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بر في الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلقت ايضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان اطلق لزومهما في الكافي ولو قربها في الغد لزمته كفارة لان الغد لم ينعقد عليه الا يمين واحد وتعدد الكفارة بتعدد اليمين ونظيره في النوازل قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة فان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه ومن تعددهما والله لا اقربك اربعة اشهر والله لا اقربك اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر وآخرى لا اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر الا انه تعدد وتتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين اعني قوله والله لا اقربك شهرين ثم بعد يوم والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان فلو قربها في الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الاخيرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد تواردت شروح الهداية من النهاية ومختصرها وغاية البيان على الخطأ عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها في الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا

ثم يكون مولياً لان الثاني انعقد ايلاء وقد صار ممنوعاً بعد الاولى شرعية قبل الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن مولياً خلافاً لزفر وهو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتباراً بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر

في الاربعة الثانية ولو كان الطلق فقال والله لا اقربك ثم بعد ساعة فصاعداً قال والله لا اقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات لا تداخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بطلقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين باخرى اذا كانت في العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف ما مضى في الكتاب في تابيد اليمين فان الايلاآت هناك تنزل متعاقبة بواسطة تابيد اليمين الواحدة فجاء الخلاف في انه هل ينعقد الايلاء الثاني في العدة او لا ومن منعه قال لا ينعقد الايلاء الا في حال يكون بالمنع ظالماً اما ههنا فالايلاآت الثلاثة صح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا اذا تزوجها فيقع بحكم تابيد اليمين اذا مضت اربعة اشهر من وقت التزوج ومثال اتحادهما والله لا اقربك اربعة اشهر او لا اقربك شهرين وشهرين وفي الكافي نظيره كلما كلمت واحداً من هذين فوالله لا اقربك فكلمتهما معاً وليس التقييد بذلك فائدة فان بتكليمهما معاً لم تنحل اليمين بل لو كلمت احدهما بعد ما يثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد اليمين فان علة التعدد فيما بعده بعينها في هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا اقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بانت بطلقة فاذا مضى يوم آخر بانت باخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفي هذا المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزاء للشرط المتكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بانه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والا لزم ان لا حلف عند الشرط الاول ايضاً ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه بوالله كلما دخلت لا اقربك بكلما دخلت فوالله لا اقربك كذا لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق ثلثاً ان قربتك تتعدد براً وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة ولا يتصور حنثه الا مرة واحدة لتعذره وقوع شيء آخر بعد الثلث ونحوه كلما دخلت فعبدي حر ان قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين اذا جاء غد فوالله لا اقربك ثم قال في المجلس اذا جاء غد فوالله لا اقربك فهو ايلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت اربعة اشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر من غير ان يزيد لفظ آخر او نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في الخلافيات لو قال والله لا اقربك والله لا اقربك والله لا اقربك في ثلث مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان في مجلس واحد فان اراد به التكرار فاليمين واحدة والايلاء واحد وان لم ينو شيئاً او اراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعاً والايلاء ثلاثة قياساً وهو قول محمد حتى اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا ان يكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد ولا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحداً فلا يتكرر الايلاء

قوله لم يكن مولياً اي في الحال لانه يكون مولياً اذا قربها وبقي بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعداً الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان اربعة اشهر وقعت تطليقة **قوله** اعتباراً بالاجارة وهو ما اذا قال اجرتك سنة الا يوماً ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا قال في الصورة المذكورة سنة الا نقصان يوم يكون مولياً صرفاً له الى الآخر وبما اذا اجل الدين **قوله** ويمكنه ههنا لان المستثنى

صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او بعتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده

يوم منكر فيصدق على كل يوم من ايام تلك السنة حقيقة فيمكنه ان يطأها قبل مضي اربعة اشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا باليوم الوطي المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا يتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الاخير وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا اكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال تشطر مشطور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء ايضا يكون عن المغايظة قوله صار موليا لسقوط الاستثناء مع ان الباقي من السنة مدة الايلاء ولو اطلق بان قال لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون موليا ابدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه لا يكون ممنوعا ابدا وكذا لو اطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت اربعة اشهر ولم يقربها فيه فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت اربعة اخرى لم يقربها فيها وقعت اخرى فاذا تزوجها فمضت اربعة اخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة اقل من اربعة اشهر قوله ولو قال وهو بالبصرة اذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه او زمان معين هو في غيرها ان كان بينهما قدر اربعة اشهر كان موليا على ما فرع قاضي خان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة اربعة اشهر فصيه باللسان ولم يعتبرا امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان في اقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر ان يكون بينهما ثمانية اشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وكان بينهما اقل من ثمانية اشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في اقل من اربعة اشهر فيقربها وان كان بينهما اقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن احمد ونحو قول ابن ابي ليلى فانه يكون موليا فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وينبغي ان يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على اقل من اربعة اشهر ابن ابي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا اقربك الا في المحرم وهو في شوال او حتى تفطمي ولدك الى مدة الفطام اقل من اربعة اشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من ان المولي من لا يمكنه القربان في الاربعة اشهر الا بشيء يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون اقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها اربعة اشهر وبالضرورة انهم لا يلزمون فرع ذلك الا ان يجعل هذا اصلا ممهدا في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من اربعة اشهر بدليل من اقوال الصحابة فيتلاح الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم اورد على هذا الاصل ما لو قال والله لا اقربكن لاربع نسوة فلانه مول فاذا تركهن في المدة طلقن ولو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شيء فثبت ان امكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الايلاء اجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسألة فيكون موليا منهن وعدم لزوم شيء لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة وفيه تأمل قوله ولو حلف بحج الخ بان يقول ان قربتك فعلي حج او عمرة او صدقة او صيام او هدي او اعتكاف او يمين او كفارة يمين او فانت طالق او هذه لزوجة اخرى او فعبدي حر او فعلي عتق لعبد منهم فهو مول اما لو قال فعلي صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضي ذلك ثم يطأها بلا شيء يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة او سجدة تلاوة او قراءة القرآن او الصلاة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلوة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانه مما يلزم بالنذر وتقدم اول الباب ما يجاب به عنه وتجب صحة الايلاء فيما لو قال

وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شئ وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا

فصلي مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة النذر المذكور اول الباب فان قلت ينبغي في الصلوة في بيت المقدس ان يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لو لزم من نذر الصلوة في بيت المقدس ان لا يسقط الا بالصلوة فيه لكن المذهب ان له ان يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي ان التصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم او مالي هبة في المساكين لا يصح الا ان ينوي التصدق به ولو قال فكل مملوك اشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح وهو رواية عنهما وكذا لو قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح ولو قال كل امرأة اتزوجها من اهل الاسلام لا يصير موليا وعلى هذا لو قال لا اقربك حتى اعتق عبدي او حتى اطلق فلانة او حتى اطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلا شئ بان لا يشتري عبدا ولا يتزوج وبتقديم الغاية قلنا فلم يمكنه الا بضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا اقربك حتى تطلع الشمس من مغربها او حتى يخرج ياجوج وماجوج او ينزل عيسى عليه السلام او حتى يخرج الدجال او الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى اموت او تموتي او اقتلك او تقتليني او ابينك وان كانت توجد في المدة لكنه تصلح جزاء نحو حتى اعتق عبدي او اطلق فلانة كانت موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه **قوله** وفيه خلاف ابي يوسف اي في ثبوت الايلاء لا بالحلف بعتق عبد المعين فان ضمير فيه لعتق عبد وهو المعين لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه **قوله** البيع موهوم اي هو غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا تجد مشتريا في المدة فتمضي قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتثالها ايضا لكن امتثالها واجب لوجوب طاعة الزوج بخلاف امتثال المشتري اذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شئ ولو ملكه بسبب شراء او غيره عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطيها قبله فان كان وطيها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطء بغير شئ وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها او ابانتها ثم تزوجها **قوله** وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا باتفاق الائمة الاربعة بخلافه من البائنة وان كانت من ذوات الاقراء فلاحتمال امتداد طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الايلاء مقيدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالمطلقة الرجعية وحرمة الوطي كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب ان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى والنص في المطلقة الرجعية كانت من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما اسلفناه في اول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها النص للايلاء الا ترى انه يثبت الايلاء وان سقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولدها وغيره فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار ابتناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق يعني اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا الحصر يقتضي انه لو لا هذا لصح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية

لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء

فالاسناد اليه اولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل واحد نقض الا لمانع فالحق ان هذا الظلم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما **قوله** لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية وهي كونها من نسائنا في الايلاء والظهار قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار او وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة الى سبب الملك صحيحة وكذا في الايلاء والظهار واذا قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فانت علي كظهر امي الا انه لا ينعقد الايلاء والظهار الا عقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها **قوله** اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الوطي لان انعقاد اليمين يعتمد القصور حسا لا شرعا الا ترى انها تنعقد على ما هو معصية **قوله** كمدة العدة اي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رح تستوي مدة ايلاء الحرة والامة والقياس على مدة العدة مجاز مع كونها تربص هو اجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وايضا تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ فهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلاء قالا وجه الاستواء العموم نص الايلاء لان الامة من نسائنا ولان ضرب مدة الايلاء لعذر الزوج ونفعا جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فاخرت عقوبته البينونة لظلمه الى انقضاء اربعة اشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والامة **قوله** وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع لا فرق بين كون عدم القدرة للمرض او للجب كما انه في جهتها لا فرق بين كون المانع مرضها او الرتق او القرن ومن الناس من منع ايلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها او بالجب او العنة او كان اسيرا في دار الحرب او لكونها ممتنعة او كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة او بينهما اربعة اشهر او حال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلاث ففيئه باللسان بان يقول فئت اليها او رجعت عما قلت او راجعتها او ارتجعتها او ابطلت ايلاءها واختلف في الحبس صحح الفيء باللسان بسببه في البدائع وفي شرح الطحاوي لو آلى وهي محبوسة او هو محبوس او كان بينهما اقل من اربعة اشهر الا ان السلطان يمنعه او العدو لا يكون فيئه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على امكان الوصول الى السجن بان تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر وعلى شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيئا وقيل لا وهو الوجه ثم هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضي اربعة اشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض او بعد مسافة او حبس وجب او اسر ونحو ذلك او كان عاجزا حين آلى وزوال العجز في المدة لم يصح فيئه باللسان خلافا لزفر في غير الاخيرة قال العجز ثابت وهو المدار قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيئه الا بايفاء حقها بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الايلاء باذى اللسان ففيئه الذي هو توبته بتطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء مؤبدا وهو مريض بانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند ابي حنيفة رح ومحمد وصح عند ابي يوسف رح وهو الاصح على ما قالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض ايضا

وقال الشافعي رحمه الله لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئا لكان حانثا ولنا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لأنه يمين ظاهرا وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وإن قال أردت الظهار فهو ظهار وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو يمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله

وفي زمان العجز هي مباحة لا حق لها في الوطي فلا يعود حكم الإيلاء فيه وبما نقول لأن ذلك بتقصير منه فإنه كان يمكنه الفيء باللسان قبل مضي المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعيا بأن كان محرما وإلى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا فالفيء بالجماع وعن زفر باللسان وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإحرام مانع من الجماع شرعا فيثبت العجز فكان فيئه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف وهذا لأنه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئا لكان حانثا وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لأنه حالف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فإن أراد بقوله لو كان فيئا لكان حانثا أن الفيء لا يكون إلا بالجماع فلو كان فيئا لكان بالجماع فكان حانثا لزم صريح المصادرة والنص هو قوله تعالى فإن فاؤا لا يوجب تعين كون الفيء الجماع لأن معناه وإن رجعوا عن عزمهم ذلك على الظلم وذلك يحصل بإرضائها بالجماع وبإرضائها بالقول ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ما قالا والحق أن مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا ولو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لأن يمينه باقية في حق الحنث وإن بطلت في حق الطلاق **قوله** وصار فيئه بالجماع حتى لو لم يجامع حتى تمت المدة وقع الطلاق وهذا لأن المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الأصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم إذا رأى الماء **قوله** سئل عن نيته هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله وهو جواب الرواية لأن بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وابن مسعود رضي الله عنه وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاؤس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن علي وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك أن الحرام ثلث إلا أن مالكا قال ينوي في غير المدخولة ويروى عن علي رضي الله عنه التوقف وفيه نحو أحد عشر مذهبا غير ما ذكرنا **قوله** لأنه نوى حقيقة كلامه إذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم أنه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشيء وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف إلى اليمين والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق في القضاء وقال شمس الأئمة السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يمين ظاهرا لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك إلى أن قال تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلا يصدق في القضاء في نية خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكر والأول قول الحلواني وظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث **قوله** إلا أن ينوي الثلث ولا تصح نية التنتين إلا في الأمة خلافا لزفر والزهري في الكنايات وهو التفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال أنت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى الثلث وقعت ثنتان مكملة للثلاث **قوله** وإن قال أردت الظهار فهو ظهار وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف كذا ذكره القدوري وليس مذكورا في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي وإنما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله أن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد أنه ظهار إذا نوى الظهار على ما عرف النقل به عنه **قوله** ولهما أنه أطلق الحرمة إلخ حاصله أن الحرمة أعم من الحرمة التي هي ظهار أو لا والأعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء **قوله** وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا ونقض في المجتبى أنه خلاف قول محمد حيث قال فإن نوى اليمين أو لم ينو شيئا

ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب

كان يمينا وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية كذا قال محمد وعن مشايخ بلخ تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح في هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذا حلال المسلمين ثم على قول محمد اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب من اليمين فيحنث اى ذلك وجد فاذا تناول شيئا من الطعام والشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب من امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين ان يتناول قليلا او كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام وهو مما يستوفى فيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية اذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين **قوله** ومن المشايخ هم المتاخرون لما ظهر من العرف في ذلك حتى لو قال لامرأة ان تزوجتك فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي انا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو مكنته حنثت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاق قاله غيرنا وتطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغيناني لا اقول لا تشترط النية لكن تجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله انت علي حرام او حرمتك علي او لم يقل علي او انت محرمة علي او لم يقل علي او انا عليك حرام او محرم او حرمت نفسي عليك ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله انت معي في الحرام بمنزلة قوله انت علي حرام وفي الفتاوى لو قال لامرأته انت علي حرام او حلال الله علي حرام فهذا على ثلاثة اوجه اما ان كانت له امرأة او اربع او لم يكن له امرأة ان كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له اربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندي والامام مسعود الكشاني يقع واحدة وعليه البيان قال في الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندي ان الاشبه ما في الفتاوى لان قوله حلال الله او حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله احداكن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال لامر آخر ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ففعل احدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغي ان يقع كما لو قال معلقا دون الاول **فرع** تعلق بالايلاء لو قال لا اقربك ما دامت امرأتي فابانها ثم تزوجها لم يصر موليا ويقربها بلا حنث ولو قال ان قربتك فعلي ان انحر ولدي صح الايلاء خلافا لابي يوسف بناء على انه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزمه فيه شيء عند زفر ومالك لا يوجب فيه نحر جزور وروي عن ابي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي رح وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن المولي ووطئها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت اربعة اشهر بن جميعا وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثلاث يمكنه بغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكانه قال ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا اقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا عليهن فما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطء كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا اقرب احداكن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر مول من الاربع حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقرب احداهن بانت

فهو

طوالق

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدى نفسها منه بمال يخلعها به

واحدة على الزوج ان يعينها وعنده يبين كلهن لان قوله احدكن وواحدة منكن سواء ولو قال لا اقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا اذا قال لا اقرب احدكن لا يعم لانه معرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احداهن على درهم واما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجتيه والله لا اقرب احداكما فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجئ الغد وبين قبل الغد واذا بين بعد المدة تعينت وتعينت المبانة ثم مضت اربعة اشهر اخرى فعند ابى يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما وله انه آلى من احداهما لا منهما واحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفى المحيط لو قال انتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطئهما ولو قال والله لا اقربكما لا يحنث الا بوطئهما والفرق ان هتك حرمة اسم الله تعالى لا يتحقق الا بوطئهما وفى قوله انتما على حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم اسلم ثم تزوجها يكون موليا عند ابى حنيفة رح وروى ابو يوسف عنه انه يبطل ايلاؤه واذا اختلفا فى الفئ مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك الفئ وبعد مضى المدة فالقول لها لانه ادعى الفئ فى حالة لا يملكه فيها والله الموفق

باب الخلع هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة لافضاء الملابسة كل لاخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن وفى الشرع اخذ المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوى والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم ازالة ملك النكاح ببدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فعه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل فى حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا والا يجرى فيه الخلاف فى انه فسخ وفى سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعى ما صدقات المفهوم اللغوى لان النزع مطلقا اعم من كون متعلقه امرا حسيا او معنويا كقيد النكاح بمقابلة شئ او لا ثم لم يبعد ولا ينافى ذلك النقل كما غلط من جعل اصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته فى مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى احكام اليمين من جانبه واحكام المعاوضة من جانبها عند ابى حنيفة وعندهما يمين من الجانبين وستاتى ثمرة الخلاف **قوله** اذا تشاق الزوجان اى تخاصما وخافا اى علما كقوله ولا تدفننى فى الفلاة فاننى اخاف اذا مامت ان لا اذوقها اى اعلم وحدود الله تعالى ما حده من المواجب التى امر ان لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لانه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة فى كلام القدورى الاباحة فانه قال فلا باس ان تفتدى نفسها منه بمال واباحة الاخذ منها مشروطة بمشاقتهما فهو معتبر شرطا فى ذلك **قوله** فاذا فعلا ذلك وقع الخلع تطليقة بائنة ولزمها المال هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزنى الى ان الخلع غير مشروع اصلا وقيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته وخاف ان لا يوفيها حقها وان لا توفيه ومنعته اذا كرها هو وقال قوم لا يجوز الا باذن السلطان روى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن وقالت الحنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع و

قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة

ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذي اخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال وكان الزهري يقول ذلك
وجه قول الزهري ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن
قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اجيب بانه متوقف على العلم بتأخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثاني لان هذا النهي
متعلق بما اذا اراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو ارادوا بالنسخ تقدم حكمها
على المطلقة في تلك الصورة اعني صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص
على العام وهو وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبني على الخلاف في تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع
مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح ان امكن والترجيح ثبت للمحرم على المبيح
لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع
قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما
في لا صلوة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا احدا طاف بهذا البيت وصلى اية ساعة شاء من ليل او نهار او ايجابا كقوله
صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة والاقتضاء كونه عاما لا يقتضي التقدم بعين مفهومه ن: الواجب
بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل الوجه القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ما ذكره المصنف بقوله كره له ان
يأخذ يعني كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لان
الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان الآية تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه زائد ما ذكرنا وسيأتي ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى
وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روي عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطني عنه
وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها ذكر الله الطلاق في اول الآية وفي آخرها والخلع بينهما
قالوا وروى نافع مولى ابن عمر انه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها
الى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم افتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا انها لا تنكح حتى تحيض حيضة
خشية ان يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا واعلمنا فهؤلاء اربعة من الصحابة فان ربيعا وعمها صحابيان قالوا بذلك ويستدل عليه
ايضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان الى ان قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني
الثالثة المفاد شرعيتها بقوله او تسريح باحسان على ما اسلفناه من التقرير في فصل ما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق
اربعا والثاني منتف ايضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء وقلنا
اما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع في الواقع احد الجائزين بعينه وهو انه فسخ او طلاق فلا يفيد واما الآية فالنظر
الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما افاد شرعية الثلث او بين ذلك نص
على حكم آخر هو جوازه ونفعها البدل تخلصا من قيد النكاح واخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق او طلاقا هو الثالثة او لا فيتعين اخذه من خارج

ولنا قوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن

البتة وهذا اوجه من قولهم بين الثلاثة تعويض وتغيير ولانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعته ولانه يقتضي ان لا يشرع الخلع الا بعد تطليقتين بل انما نص على تقدير الثلث ومن حكمها آخر لانه يجوز الاقتدار على ملك النكاح من غير زيادة على ذلك اه. اما ما ذكره عن عثمان فتقدم انه شبهة فليس فيه سوى انه قال لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة واصل هذا ما روي من حديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان تعتد بحيضة فسمى الحيضة عدة رواه ابو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بانها طلقة على ما في البخاري انه قال اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الايجاد والاعدام فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذي نعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فاخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها عدة المطلقة وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول اربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع اقضية النبي صلى الله عليه وسلم ويدري الاحكام ويحفظ المتأخر والمتقدم ويصير اهلا للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فانهما استفتيا عثمان فقال ما قال فاعتقداه فليس في المعنى الا قول صحابيين لان الآخر مقلد وقول اهل الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بما روي عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى مالك عن ام بكرة الاسلمية انها اختلعت من زوجها فارتفعا الى عثمان فاجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة الا ان تكون سميت شيئا فهو على ما سميت ولا يعرف فيه الا ان جمهان لم يعرفه الامام احمد فرد الحديث لذلك وهو جمهان ابو العلاء او ابو يعلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي يعد في اهل المدينة تابعي روى عن سعد بن ابي وقاص وعثمان بن عفان وابي هريرة وام بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذي وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات هو جد جدة علي بن المديني فهي انه عباس بن جمهان روى له ابن ماجه حديثا واحدا في الصوم عن ابي هريرة لكل شيء زكوة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فهذا اصح ما نقل مذهبا عن عثمان وعن ابن مسعود وعلي رضي الله عنهم قوله غير حجة بل والمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اسند ابن ابي شيبة ثنا علي بن هاشم عن ابن ابي ليلى عن طلحة بن مصرف عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود قال لا تكون طلقة بائنة الا في فدية او ايلاء وروي عن علي ايضا وتقدم ما رويناه عن عثمان وقال عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن داود بن ابي عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسيل سعيد لها حكم الوصل في الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابي وان اتفق غيره نادر فحين ثبت انه كذا تتبعت مراسيله وبه يقوى ظن حجيته وما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة وكذا ما اخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي واعله بعباد بن كثير الثقفي عن ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق اهل الشام لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر فجاز ان يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على اصولنا وهو ان ابن عباس رضي روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا اعيب عليه في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ان ابن عباس

الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا

قال بانه فسخ وعمل الراوي عندنا بخلاف روايته ينزل منزلة روايته للناسخ اللهم الا ان يثبت رجوعه كما قالوا والله اعلم به والجواب ان تقدير ان ثابتا طلقها اتفقنا الا امره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام في مسئلة اخرى ليس فيها ما في من تسمية الراوي له خلعا حيث قال كان اول خلع في الاسلام يعني اول طلاق بمال الا ان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امتثل قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصحيح الذي لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل بتعارض ورجعنا الى النظر في المعنى افاد ما قلنا ثم في ذلك ما ذكره المصنف رح بقوله ولانه اي الخلع من الكنايات حتى لو قال خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا الا ان حقيقة الخلع لا تتحقق الا به وقد قدمنا في الكنايات انها عوامل بحقائقها والنكاح قائم الى ان فلم يخلع ثم لم يخرج عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا يقتضي خروجه عن حالة ذلك وايضا هذه فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقا فالانه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما اريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار اذ البلوغ وعتقه وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن اتمامه معنى وايضا ملك النكاح ضروري لانه وارد على الحرية فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فيتقيد هذا الملك في حق الفسخ **قوله الا ان ذكر المال** استدراك بانه يوهم لزومه بناء على قوله انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا انكرها يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمباراة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بان يقول بارأتك على الف او بعت نفسك او طلقتك على الف وعند عدمه يصدق في انكارها قضاء في الخلع والمباراة لا في لفظ الطلاق والبيع لانهما صريحان ذكره في الكافي فاجاب بان ذكر المال يغني عنها اذ هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انها لا تلتمس الا البينونة واما وجه من قال لابد من اذن الامام فلم اره ويظهر ان قوله تعالى فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرعه مشروطا بخوف الائمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا صريح النزاع فيهم ان كان خطابا بالاخذ والازواج وهو غير مستغرب في القرآن ان يكون خطابا بان اخذنا الاخر والمخاطبون بالاخذ هم غيرهم بالاخر والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من قوله انه يفيد ان الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه ولم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فافاد عدمه فهو ذلك فيكون المراد من الآية اذن الائمة من تمكينهم من الخلع اذا خافا عليها عدم القيام بالمواجب فيما اذا رفعوا اليهم لانه لابد من الترافع اليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم يجوز لهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وتبيين انه ليس مباحا لقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات من المنافقات رواه الترمذي وغيره وفي ابي داود عنه صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها من غير باس به لم ترح رائحة الجنة الا ان الحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع واما وجه من قال انه يحق فذلك يفهم بالاجماع لانه لا اعتبار على الوجه الذي في الكتاب فيه وهو انها بذلت المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الافتداء لذلك والا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذي شرع لاجله ولانه معاوضة والزوج قد ملك الملك حكما بصحة هذه المعاوضة فلا بد من ان تملك نفسها تحقيقا لها كما في جانبه والله سبحانه اعلم **قوله** وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها شيئا لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا نهى عن الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ما قيل من ان ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشيء اذ لا معارضة في التحريم فان اطلاق نفي الجناح في الآية المطلقة مقيد بالمشاقة فان الآية هكذا ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهي في الآية الاخرى مقيد بالنشوز منه فلا تلاقيان فلا تعارض في حرمة الاخذ على انه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة اخذ مال المسلم بغير حق وفي امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقا

لإطلاق ما تلونا بدءا ووجه الأخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا شيئان الجواز حكما والإباحة وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

تتقابل بالمعاني مقابلة خلاصة ما من النشوز التي هي فيها معه فذلك قال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ ماله كذلك فيكون حراما إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم لما ذكره المصنف وآخرا أي يحكم بصحة التملك وإن كان بسبب خبيث وعلله بقوله لأن مقتضى ما تلونا يعني قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما يعني الصحة والنفاذ في القضاء فإنه ذكره شبها لأخذ الزيادة وقد قال فيها جاز في القضاء والإباحة ترك العمل به في حق الإباحة لمعارض وهو قوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج الآية فبقي معمولا به في الباقي أي الجواز في القضاء لا يقال الجواز هو الإباحة ويلازمها صدقا وعدما لأنا نقول إن معنى الإباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ومعنى الجواز من جاز أي مر وبعد فهو النافذ شرعا أي الصحيح وهو المتسبب سببا لترتب الآثار الشرعية أعم من كونه مع الحل والحرمة كما في كل نهي عن أمر شرعي لم يقم فيه دليل على أنه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم وهنا كذلك فالأخذ حرام في حال عدم نشوزها وإن كان برضاها ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كما في البيع فيما قلنا حيث كان بسبب ممنوع لأن النهي هنا عن أمر حسي فيعدم وجوده شرعا لتحريمه عن إباحته سببا مفيدا للحكم الملك كالنهي عن الزنا لأن ذلك مقتضاه إذا لم يدل الدليل على أن النهي لغيره العينه وهنا دل على أنه لزيادة الإيحاش ولقائل أن يقول إذا ترك في حق الإباحة لمعارض يلزم أن يفوت النفاذ شرعا وذلك لأن دلالته على النفاذ ليس إلا دلالة التزامية للإباحة لأن دلالته المطابقية على الإباحة إذ هي المعنى المطابقي لنفي الجناح فيلزم من ثبوت الإباحة النفاذ فإذا ارتفعت الإباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا فيظهر قول الظاهرية **قوله** (لإطلاق ما تلونا بدءا) أي أولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني بطريق الدلالة لا العبارة فإن عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولا شك أن مشاقتهما مشاقة فإذا كان له أن يأخذ ما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاقة منه فأخذه ذلك فيما لا مشاقة منه فيه أولى **قوله** (ووجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة ثابت إلى آخره) تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري وليس فيه ذكر الزيادة وقد رويت مرسلة ومسندة فروى أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء وأقرب الأسانيد مسند عبد الرزاق قال أنا ابن جريج عن عطاء جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال أتردين عليه حديقته التي أصدقك قالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا وأخرجه الدارقطني كذلك وقال وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح وأخرجه عن أبي الزبير أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فأخذها وخلى سبيلها انتهى قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الإمام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الأنصارية وزاد فيه وكان ذلك أول خلع في الإسلام فقد علمت أنه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لأن المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا إذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الأول أو بمسند كان حجة وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب وفي اسم أبيها عبد الله بن سلول أو سلول أو سهل والمسألة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره أن يأخذ عقاص رأسها فما دونه وذكر أيضا عن ابن جريج عن

لا يكون

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا او تعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة

موسى بن عقبة عن نافع ان ابن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من كل شيء لها وكل ثوب حتى نفقتها ورواه ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن ايوب عن كثير بن ابي كثير عنه وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عيينة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه لا ياخذ منها فوق ما اعطاها ورواه وكيع عن ابي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن ابيه عن علي انه كره ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وقال طاؤس لا يحل له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها واورد ان شرط قبول خبر الواحد ان لا يعارض الكتاب وهذا معارض لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اجيب اذا خص منه شيء او عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا بالنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تاخذوا منه شيئا فكان في الحقيقة معارضته بالكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده والاطلاق الا خذ منها مقيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصا لا يقال اخذ الزيادة ايضا غير متناول المطلقة لانه في نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزهما لانا نقول تثبت اباحة اخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق اولى كما بيناه على هذا فيظهر كون رواية الجامع اوجه فيكون اخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون حمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من ان يزداد الحمل على نا هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله اعلم

قوله ولو طلقها على الف على ظهوره انه يقول انت طالق على الف او بالف اما لو قال وعليك الف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسياتي وقوله فقبلت وقع الطلاق غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة او اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل المقدر القبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء اصلا فهنا يتم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس لما قدمنا وزاد في النهاية قوله ولو قلنا بتعليقه بالاداء لكانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله انت طالق على ان تدخلي الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان اديت فانت طالق وهو الشرط المحض وهو متعذر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على ذكر الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة اما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه او الجانبين فليس هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك واعلم ان تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرده هو فيما يتحقق فيه التحقيق اما فيما يحتمل فلا ولذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا مطلقا وقال الفقيه ابو جعفر ينوي الزوج ان اراد به التحقيق دون السوم يصح او التحقيق يصح لانه حينئذ امر وهو المختار للفتوى قوله لما بينا يعني قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها قوله وهي النفس تحقيقا

قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلمة على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر انه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شريف فلا حاجة الى ايجاب المال

ضميره الآخر وهو مذكر لتانيث اسمه الآخر اعني النفس. **قوله** وان بطل العوض في الخلع الى آخره حاصله انه اذا اشترط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل فاما ان يكون موقعا بلفظ الخلع او الطلاق ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهي دون الثلث وترك المصنف التقييد بها لاشتهار الحال في الطلاق الثلث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على احد وفيهما معا لا يجب شيء للزوج وجه الحكم الشامل ان ملك النكاح في الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شيء في الطلاق رجاعا وانما اباحة الافتداء ليس وضعا لتقومه شرعا اذ التعيين القيمة ولو بالنوع كمهر المثل فاذا سمى غير المتقوم في غير المتقوم كان رضا بسقوطه مجانا ووجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الخف والنعل والقميص وقدمنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فلما افاد حقيقة منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا والا فرجعي ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدي استبرئي رحمك انت واحدة على ما سلف فانما يقع بها الرجعي ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيهما كقول مالك واحمد والشافعي يخالفنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما اسلفناه فيهما وقال هناك ان الواقع بائن بناء على انه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوما حال الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفي كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له الا المال فقط وهو قياس قول اصحابنا وهو صحيح وفي جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء لانه مال لا يستحقه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة **قوله** بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا فيرجع عليها فعند ابي حنيفة ترد مهرها وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شيء عليه **قوله** وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر او نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتبه على ميتة او دم فان الكتابة ح باطلة حتى لو ادى الميتة والدم لا يعتق وهنا فاسدة فلو ادى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه لان ملك المولى فيه متقوم ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي كقيمته ابتداء وما رضي بزواله مجانا لانه لو رضي لنجّزه اعتقه ابتداء فتسمية المال غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن رفعه ولا ايجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل في موضع لزومه يجب قيمة المبدل ولقائل ان يقول ان عنى يكون العبد متقوما عند الخروج او حالة البقاء لزم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع وان عنى امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير والجواب المراد امر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع باذن الشرع قوم او لا ببيع او هبته وليس هذا في البضع حالة الخروج **قوله** والفقه فيه اي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج احامي البضع شريف

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام مختل بدونه وان اختلعت على عبد لها آبق

فلم يشرع تمليكه الا بعوض فاما الاسقاط فنفسه شرف اي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية فلا حاجة الى ايجاب المال اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه قوله وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس كليا فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا او البعض لا كالاقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وبطن جاريتها يجوز ولد ما في بطونها ولا تجوز مهرا بل يجب مهر المثل والفرق ان ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المآل وكانه تعليق بالانفصال من البطن واحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذا الآخر اعني المال ولا يقبل ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لانها غير حاوية اذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا اذ ظهر بجوازه كونه ريحا وميتة فلا يلزمها شيء ويصح التاجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالعطاء وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التاجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح فجاز المجهول والى الاجل المجهول المستدرك بالجهالة وعلى هذا الاصل يجوز اختلاعها على زراعة ارضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوة بها او خدمة اجنبي لان هذه تجوز مهرا وفي الخلاصة قالت طلقني على ان اؤخر مالي عليك فطلقها فان كان للتاخير غاية معلومة صح به التاخير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على ان تبرئه عن الكفالة التي كفل بها لها من فلان فالطلاق بائن انتهى كلامه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا يسقط بل يتاخر بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال او مطالبتها اياه به قوله اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهو البضع حالة الخروج بخلاف حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث قوله لانها لم تغره بتسمية المال لان ما في يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا وكان ومثل هذا قولها على ما في بيتي او ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لان الشيء يصدق على غير المال فان كان فيه شيء حال قولها فهو كله ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب قوله لا وجه الى ايجاب المسمى اي ما سمته المرأة وهو المال وقيمته للجهالة قيل عليه يجب ان يلزمه ما يصدق عليه اسم المال واقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب احمد والجواب الجهالة توجب الفساد ولان كون اقل ما هو مال درهما ممنوع قوله لانها سمت الجمع واقله

فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شئ عليها عند ابي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا

الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه لا يصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب اصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب اصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان مطلق الشئ يقتضى كماله لان المعيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلى هو العين فاشتراطه نفيه اشتراط لنفى مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط لبعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه او نقول السلامة انما هى مقتضى العقد الذى لم يشترط فيه عدمها وهو المطلق لا غير بخلاف اصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذى اخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب للتسمية ذكره شمس الائمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك ان لا يجب له شئ كما قدمنا في الخلع على المعين اذا ظهرت خمرا وهو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده او بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده واخذ قيمته قوله فطلقها واحدة اى في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شئ قوله فعليها ثلث الالف وبه قال الشافعى وعن مالك يقع بالف وعند محمد يقع بغير شئ والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بالف وطلب الواحدة بثلثه فانتبه لقوله ان الباء تصحب الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والا تخلى بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن العوض ان لا تبرع شئ منه لكن يلزم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الامر يكون طلب الجملة بالعوض طلب لكل جزء منه لكن يبقى فيه انه انما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسؤل فيقع بغير شئ وهو وجه قول الامام احمد رح فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بالف فباع احدهم بثلثها يجوز باعتبار انه يحصل بعض المقصود وكذا هذا بل اولى فان مقصودها الاصلى ملكها نفسها بقطع ملكه عنها وقد تم ذلك في صورة الواحدة والثلاث تثبت لقطعها بحقها كل منها فانها اتت بواحدة تحصيل اصل المقصود في صورة الخلع فهو اولى بجوازه بحصتها بخلاف عدم الجواز في قوله لغيره بعتك هذه الاعبد الثلاثة بالف كل واحد بثلثها فقبل في واحدة لا يجوز على قول ابي حنيفة فانه لمانع فهو تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد الى الردى في الصفقة ليروجوا الردى فالقبول في بعضها الحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها انت طالق ثلثا بالف فقبلت في واحدة لا يقع شئ ولا يجب شئ لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه لم يرض بها الا وان يكون بازائها الف ولم يوجد منه الايجاب بما يدل على

وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة

الرضاء ولو قالت ثلثا بالف فطلقها ثلثا متفرقا فى مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفى الذخيرة قال طلقى ثلثا على الف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمت بازاء الحرمة الغليظة وفى المرغينانى لو قال انت طالق اربعا بالف فقبلت طلقت ثلثا بالف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفى الخلاصة قبيل الفصل الرابع فى الامر باليد عن ابى يوسف رح لو قالت طلقنى اربعا بالف فطلقها ثلثا فهى بالف ولو طلقها واحدة فبثلث الالف **قوله** وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط بين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفى النهاية لا يتم تعليل ابى حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى انها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارا للشرط كما ان يقولا لم صارت تلك الاستعارة اولى من استعارتها لمعنى الباء اولى لان حقيقتها الالزام بالاتفاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم اكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما فى المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق ان يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقعدت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على راسى وهو محل اطلاق العربية كونها للاستعلاء وفى غير ذلك هى حقيقة فى معنى اللزوم الصادق فى ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا الآية اى بشرط ذلك ونحو انت طالق على ان تدخل الدار وما وجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على الف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على ان انصرك او اعطيك او اشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا ينقسم اجزاؤه على اجزاء مقابله كما قالت ان طلقتنى ثلثا فلك الف حتى لا يكون شئ من الطلقات مقابلا لشئ بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما فى بالف فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا اذ الشرط لا يتوزع اجزاؤه على اجزاء المشروط بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك فلا يحتاط فى اللزوم اذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون على لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما فى المشتركات لا ينفيه اذ غايته انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة اعنى كون مدخولها جسما محسوسا او غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد اما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك ان الاشتراك واقع وليس الا لدليله على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقى هو الاستعلاء والمجاز فى اللزوم ليس باولى من القلب وكون ذلك قول اهل العربية لا يرجحه لان اهل الاجتهاد هم اهل العربية وغيرها واحد فى الكل لا ينقل عن الواضع ان

ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها
بخلاف قولها طلقني ثلاثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بعوض بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت
وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك
ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا

اي في التحقيق كذا بل ليس حكمهم في الابناء في دواوينهم وراحت الاطلاق لاهل اللسان ونحن اوجدناك تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر. هذا ولو تنزلنا الى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة اعني الاستعلاء كان في المجازي اعني اللزوم وهذا المعنى الجامع في كل صادق مع ما يجب في الشرطية وما يجب في المعاوضة الى آخر ما قلنا بعينه **قوله** ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه **قوله** ولو قال انت طالق الى قوله ولا بد من القبول لو قال انت طالق بالف او على الف او خلعتك او باريتك او طلقتك بالف او على الف يقع على القبول في مجلسها فهو يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها اما تعليقه بالقبول فلان الباء للمعاوضة وقدمنا ان في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا اشكال فعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعل فهو اما القبول او الاداء ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب صلاحيته هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول او الاداء ابعد من لزوم ارادة احدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا اما هو ابلغ من هذا وهو لو قال انت طالق على ان تعطيني الفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما اذا قال لو اعطيتني او جئتني بالف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلافه بعد على حتى انه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مسئلة على ان تعطيني دون ان اعطيتني الا ان يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بالف لها عليه وذلك لانه يقال على ان تعطيني مثاب لك او يراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون اي حتى يقبلوا للاجماع على ان بقبولها ينتهي الحرب معهم هذا ثم في قولهم ان اعطيتني يشترط الاعطاء في المجلس بوقوع الطلاق وفي قوله اذا او متى اعطيتني لا حاجة الى الاعطاء في المجلس وهذا يبين ان معنى المعاوضة يلاحظ وان ذكر تصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم واما الثاني وهو اشتراطه مجلسها فلانه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدأت قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا اضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها اذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره **فرع** قال لاجنبية انت طالق على الف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول الا بعد التزوج ولم يحك خلافا في جوامع الفقه وغيره وجعل هذا قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت

(١٥١)

ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا إذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبل وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والإجارة لأنهما لا يوجدان إلا به ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة فإن ردت الخيار في الثلث بطل وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف وهذا عند أبي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الألف لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأنه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الأيمان

والحق قول أبي حنيفة لأنه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده **قوله** ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف أو قالت هي أو العبد طلقني وأعتقني ولك ألف في ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولا شيء له قبلا أو ردا وفي الثاني يقع إذا أجاب ولا شيء وقالا لا يقع شيء ما لم يقبلا فإذا قبلا وقع ولزمهما المال لهما أن هذا الكلام يقال لقصد المعاوضة حتى أن قوله للخياط خطه ولك درهم وللحمال احمله ولك درهم يفيدها ويلزم المسمى المعاوض بإرادته بسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لإحاطة العلم بإرادته وطريق إفادة اللفظ لذلك أن تجعل الواو للحال فالحاصل أنت طالق أو خطه في حال وجوب الألف لي عليك أو لك علي ولا تحقق لهذا الحال إلا بقبوله فعنده يثبت شرط الطلاق إذ الأحوال شروط فيقع عقيبه فيلزمه المال فإن قيل إنما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا قلنا الخلع أيضا معاوضة وله أن قوله وعليك وقولها ولك ألف جملة تامة والأصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود وكذا لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال إلا بقرينة تفيد مشاركتها فيها كما في قوله إن دخلت فأنت طالق وعبدي حر فإن العتق يتعلق أيضا بالدخول لأن قوله وعبدي حر وإن كان تاما إلا أنه في حق التعليق قاصر لأن الخبر الأول لا يصلح خبرا له بخلاف مسألة الضرة لأنه يكفيه أن يقول وضرتك إن كان عزمه التعليق لأن خبر الأول يصلح خبرا له ولا دلالة هنا لأن الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال وضعا وعدم اللزوم فالكرام يأبون قبول بدلهما أشد الإباء بخلاف الإجارة لأنها لم تشرع إلا معاوضة فلا بد فيها من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصرا لزمه إذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى مال عليها ابتداء وفي قولها ولك ألف إيجاب جملة مبتدأة وعدا منها والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل بخلاف قوله أد إلي ألفا وأنت حر لأن أول كلامه غير مفيد حكما معتبرا إلا بآخره إذ لا معنى للأمر بأداء المال من غير موجب عند القرينة في حق العبد لا تباع هذا فيصير به تعليقا للعتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه أما هنا فأول الكلام مفيد بدون آخره فيه ظاهر وكذا منها لأنه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره وعلم أن جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الإنشاء وهو ممتنع على ما ذكروه في الأصول فيجب أن يكون واو الاستئناف ولو ادعى أنها حقيقة فيها تبادر إليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال إلى دليل والجواب أن احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا فلا يلزم بالشك على أنا نمنع كون جملة أنت طالق إنشائية وكذا أنت حر وقدمنا في باب إيقاع الطلاق الدلالة على أنها خبرية والطلاق يقع عندها شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع إليه **قوله** فقبلت أي الطلاق على حكمه من التزام

وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت

المال والخيار فالخيار باطل اذا كان للزوج فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال وهو جائز اذا كان للمرأة
فلا يقع لقبولها حتى تسقط الخيار او تمضي الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال فان ردت الخيار في الايام
بطل الطلاق ولزوم المال وهذا التفصيل كله عند ابي حنيفة ولا يخفى ان العبارة الجيدة ان يقال فان
ردت اختيار الطلاق بان قالت لا اختيار الطلاق وعبارة قاضي خان فان ردت الطلاق وقالا الخيار
في الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها وعليها المال وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد
لانه لم يشرع الا في عقد لازم كالبيع والكتابة لا للمنع من الانعقاد والتصرفات اعني ايجابه وقبولها لا يحتملان
الفسخ من الجانبين اي لامنه ولا منها لانه في جانبه يمين اذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال وفي جانبها
شرط اي شرط اليمين هذه بتاويل الحلف فاذا قبلت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت
لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما من فيبطل من الجانبين فاذا بطل انبرم ما شرط
فيه وله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع يعني معاوضة فاذا صح رجوعها عنه اذا ابتدأت قبل ان يقبل هو ولا يتوقف
على ما وراء المجلس بالاتفاق بينهما حتى لو قامت فقبل هو او قامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدي لا يصح ولو ذكره
بصريح الشرط في الكافي للحاكم ابي الفضل اذا قالت ان طلقتني ثلثا فلك على الف فان فعله في المجلس فله الالف وان
فعله بعده فلا شئ له وفي جانبه يمين كما قالا حتى لا يصح رجوعه بعد قوله انت او هي طالق على كذا او بكذا ويتوقف على ما وراء
المجلس فلا يبطل الا ان ينقضي مجلس خطابها او مجلس بلوغها الخبر قبل ان يقبل ويصح تعليقه واضافته حتى لو قال اذا جاء غد
فقد خالعتك على الف او فقد طلقتك على الف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها
قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط فهو معدوم قبله ولا يصح القبول قبل الايجاب فلا خيار في الايمان فبطل خياره
فيصح في البيع فيصح خيارها وكونه شرط يمينه لا تبطل حقيقته في نفسه الا يرى انه لو قال ان بعتك هذا فعبدي حر يكون نفس البيع
شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار بخلاف
ما لو قال ان دخلت فانت طالق على انك بالخيار لا يصح لانه خيار في الطلاق لا المعاوضة فان قيل ثبوت الخيار في البيع
بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب اذا اثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته في البيع لدفع الغبن
في الاموال والغبن في النفوس اضر والحاجة الى التروي فيه اكثر فانه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها
ابدا وهذا المعنى يقف عليه كل لغوي بعد علمه بشرعيته في البيع فكان بدلالة النص **قوله** وجانب العبد في العتاق
اي على مال كجانبها في الطلاق فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال انت حر على الف على انك بالخيار ثلثة ايام **فرع**
من صور تعليق الخلع ان يقول ان دخلت فقد خلعتك على الف فتراضيا عليه فدخلت فصح الخلع ذكره في
علامة السنين من التجنيس لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا يفيد ان قبولها قبل الشرط وفي الوجيز

فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

اذا قال اذا قدم فلان فقد طلقتك على الف او اذا جاء غد الى آخره كان القبول اليها بعد مجيء الوقت وقدوم فلان

قوله فالقول قول الزوج اي مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك امس على الف اقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه والموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف في وجود الشرط وهي تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر وهو غير مناقض اذا لم يقتض رجوعه عن شيء مما اقر به والقول للمنكر بخلاف قوله بعتك فانه اقرار بقبول المشتري اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما اقر به فلا يقبل حتى لو قال لها بعتك طلاقك امس فلم تقبل فقالت بل قبلت كان القول لها وقوله لعبده اعتقتك امس على الف فلم تقبل وبعتك امس نفسك بالف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة اخوات في كتب محمد رح منها قال لها قد طلقتك واحدة بالف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بالف فطلقتني واحدة فلك ثلثها فالقول للمرأة مع يمينها فان اقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع او قالت اختلعت بغير شيء فالقول قولها والبينة بينة الزوج اما اذا اتفقا انها سألته ان يطلقها ثلثا بالف فقالت طلقتني واحدة وقال هو ثلثا فالقول قوله ان كان في ذلك المجلس الا يرى انه لو قال لها انت طالق انت طالق انت طالق في مجلس سؤالها بالثلاث بالف كان له الالف فغاية هذا ان يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله فان كان غير ذلك المجلس لزمه الثلث وان كان في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت سألتك ان تطلقني على الف فطلقتني واحدة فلا شيء لك يعني على قول ابي حنيفة رح وقال هو بل سألتني واحدة على الف فطلقتكها فالقول قولها على قول ابي حنيفة رح وان قالت سألتك ثلثا فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره وقال بل الثلث فيه فالقول لها وان قالت سألتك ان تطلقني انا وضرتي على الف فطلقتني وحدي وقال طلقتها معك وقد افترقا من المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس وفي مسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه وهو انه اذا خالع امرأتيه على الف كانت منقسمة بينهما على قدر ما تزوجهما عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على الف او بالف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس ايضا لزمها ايضا حصتها لان الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعد ما افترقا فلا شيء له فاذا ادعت المرأة الخلع وانكر الزوج فاقامت بينة فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة او اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد احد شاهديه بالف والآخر بالف وخمسمائة والزوج يدعي الفا وخمسمائة جازت شهادتهما على الف وان ادعى الالف لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما

قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رح معه في الخلع ومع ابي حنيفة رح في المبارأة لمحمد رح ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير

اذا اختلف في جنس البدل ايضا الكل من مختصر الى كم ابي الفضل لكلام محمد رح ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول عندنا وعن الشافعي يتحالفان **قوله** والمبارأة كالخلع بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ في المغرب وهو ان يقول بارأتك على الف فتقبل وقوله يسقطان كل حق الى آخره مقيد بالمهر والنفقة الماضية اذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منها وان كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى الا ان اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لانها حق الشرع واطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئا في الخلع اولا وليس كذلك وجملته انهما ان لا يسميا شيئا بان يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيئا او سميا المهر او بعضه واما الآخر فان لم يسميا شيئا ففيه ثلث روايات احداها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه ان لم يكن مقبوضا والاخرى يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به احدهما الآخر وهو الصحيح على قول ابي حنيفة سواء كان قبل الدخول او بعده مقبوضا كان او لا حتى لا ترجع عليه بشيء ان لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها به ان كان مقبوضا كله والخلع قبل الدخول وهذا لان المال المذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة ان المراد الانخلاع منه وان سميا المهر فان كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان مقبوضا ففي القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان الفا رجع بالف وخمسمائة وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضي خان قيل وينبغي ان لا يجب الا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر لا يجب شيء ... شيء بشيء وسيأتي وكذا اذا سميا بعض المهر فانه يجب عليه المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغي ان يجب كل المسمى بالشرط لان المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير انه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وان لم يكن مقبوضا ففي القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لانه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشيء لما ان المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فجعلنا ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سميا بعض المهر بان خالعها على عشرة مثلا والمهر الف فان كان بعد الدخول كله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها وان كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستمائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين لانه

ولابي يوسف رح ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبي عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها

عشر مهرها قبل الدخول وبريت المراة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغي ان يرجع بمائة وان لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشرة بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى سلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شئ منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا جئنا الى الخلافية وجه قول محمد رح ان هذه معاوضة واثر المعاوضة ليس الا في وجوب المسمى لا في اسقاط غيره وصار كما اذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع ان النفقة اضعف من المهر ولابي يوسف ان المبارأة من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين وانه مطلق في كل دين الا انا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض فان الغرض المبارأة من متعلقاته اما الخلع فانما يقتضي فصلا وانخلاعا وحقيقته تحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابي حنيفة رح ان الخلع صلح وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتمام تحقق مقصوده جعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والاعادة على موضوعه بالنقض لان لفظه ولفظ المبارأة يفيد اطلاقهما ذلك في المبارأة كما قال ابو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر ومن احدهما لبينونة فانه اذا انخلع احدهما عن الآخر على وجه الكمال بان يخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بموجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح على ان على رواية الحسن عن ابي حنيفة ان الطلاق على مال الخلع يسقط به ما يسقط به يسقط بالخلع وبخلاف دين آخر لان شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا وبخلاف نفقة العدة فانها ليس من مواجب النكاح بل يحدث تعلق وجوبها بعده حتى لو شرطا سقوطها في الخلع سقط باعتبار ما استحقه وقت الخلع والباقي سقط تبعا في ضمن الخلع اما لو لم يسقطها حتى اختلعت ثم اسقط لا يسقط لا سقاطها ح قصدا لما لم يجب فانها انما تجب شيئا فشيئا بخلاف ذلك لا سقاط النفقة واما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح اسقاطها بحال الا ان ابرأته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها او تعطي الاجرة من مالها فيصح ح التزامها ذلك وفي القنية الابراء حيلة بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قيل ما سبق هو الصحيح وما ذكر في القنية يبطله الابراء بعد الخلع فانه لا يصح لكن في الينابيع لو ابرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوي انتهى بخلاف الابراء منهما حال قيام النكاح لان الابراء من النفقة المستقبلة لا يصح هذا ولقائل ان يقول الوجه الاول يقتضي سقوط المهر بالطلاق على مال والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه يفيد اطلاقها او انطلاقها عن الزوج يوجب مثله في حقه وتحقق حقيقة الانطلاق لكل منهما عن الآخر عن الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بمواجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه فالذي يظهر

لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم

من جهة الدليل ترجيح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن ابي حنيفة في الطلاق على مال انه ايضا يسقط المهر كالخلع والا فالحال ما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اي قال بعتك نفسك بالف فقالت اشتريت اختلف المشايخ في انه على قول ابي حنيفة كالخلع والمبارأة او لا وصحح في الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمبارأة وترجيح قول محمد رح بانه عقد معاوضة فلا تزداد على ما تراضيا عليه واللفظ وان كان مبنيا عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضائه فكيف يسقط غيره ذهول عن التحقيق فانه اذا انبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى لذلك ان يسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضي على اثباته بمال فقد وقع التراضي على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة تنبيه لا يسقط المهر بخلع الاجنبي بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبي في اسقاط حقها كذا ذكره شمس الائمة وكذا الامة اذا اختلعت من زوجها بغير اذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وام الولد والمدبرة في الاذن يؤديان من كسبهما فرع يصح اذا اشترطا بدلا للخلع البرأة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفي المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم تبين المدة وترضع حولين انتهى بخلاف الفطيم وفي الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلث سنين او عشرا بنفقتها صح الخلع ويجب ذلك وان كانت النفقة مجهولا يعني قدر النفقة وهذا لما علمت ان الجهالة غير المتفاحشة محتملة في الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان يأخذ قيمة النفقة منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبي الا ان اختلعت على كسوته ونفقته فليس لها وان كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا او فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها به على امساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رح في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر ومن رضاع ولده الذي هي حامل به اذا ولدته الى سنتين جاز فان ماتت او لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا اذا ماتت هي عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات او مت فلا شيء لك فهو على ما شرطت قاله ابو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح في الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج ان يأخذ الولد ان تركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح ولو خالعته على نفقة ولده عشر او هي معسرة فطالبته بنفقتها يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتماد لا على ما افتى بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بما لها عليه من المهر ثم تذكر ان لم يبق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثله لو خالعها على عبدها الذي لها عنده او متاعها ثم ظهر ان ليس في يده شيء وقع على مهرها فان لم يكن قبضته سقط وان قبضته ردته اليه او مثله وقيمته ولو خلعها بمهرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع في الخلع بائنا وفي الطلاق رجعيا مجانا ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم ان لا مهر لها يقع رجعيا قوله لم يجز عليها

بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال ولما لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح ففي الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

يحتمل عدم وقوع الطلاق بسوال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كان الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صرح بان الاصح وقوعه تعين ان المراد الثاني وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لانه في معنى التبرع بمالها **قوله** بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه اعطى المتقوم من ماله بمتقوم **قوله** ولهذا يعتبر خلع المريضة متصل لكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقد مناه في اول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث **قوله** ونكاح المريضة الخ متصل بانه متقوم حال الدخول **قوله** والاول اصح نص عليه في المغني ووجهه ما ذكر من انه تعليق لقبول الاب وقد وجد الشرط ووجه ما ذكر من وجه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كانه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة الاولى ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل وجود الشرط وشرط اليمين يصح من كل احد هذا ان قبل الاب فان قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ وان قبل ابوها او اجنبي روى هشام عن محمد رح انه يقع وروى الهندواني عن محمد لا يقع ولو بلغت فاجازت جاز **قوله** على انه اي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها فالخلع واقع سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه او الالف مثلا تجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب فانه يملك التصرف في نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والابضاع اولى بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن فك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب مثلها في انه لم يحصل له شيء بخلاف العبد فانه حصل ما ذكرناه والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا ان البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب فاذا بلغت تاخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن او ترجع على الاب وهو لا يرجع على الزوج ولو كان المهر عينا اخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن بقيمته **قوله** وان شرط اي لو شرط الزوج الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تكون مميزة وهي ان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة والبينونة بالخلع يتبع القبول دون لزوم المال الا يرى الى بينونة بدونه فيما اذا اسمت

وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها ففيه روايتان وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا

ثم اذا نحوه وان قبله الاب بدونها ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يصح لانه نفع محض اذ تتخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة وفي اخرى لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح **قوله** وكذا ان خالعها اي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قلنا انفا فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ووقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين بالم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من وجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تاويل المسئلة ان يخالعها على مال مثل مهرها اما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم ينظر ان كان مهرها الفا والخلع قبل الدخول وهي المراد بمسئلة الكتاب لزمه خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف واصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو الف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه وجب له عليها الف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقي عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شيء لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه تجب خمسمائة له بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضي خان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب ان يقول اذا خلعها على مهرها وهي الف لا كما قال على الف وهو مهرها الف فانه اذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير انه اتفق انه مثل المهر ولا اثر لذلك والحكم فيه ان كان قبل الدخول وجوب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا وسلامته لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشيء كما قدمناه في التقسيم واذ قد وقع الكلام في خلع الاجنبي فلا بد من ذكر نبذة منه واعلم ان الاجنبي اذا خاطب الزوج فاما ان يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه او ملكه اياه او يرسله او يضيفه الى غيره فان اضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدي هذا او الفي هذا او على الف او على اني ضامن فعل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزمه قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبوله بل يكفي ذلك الامر منه لان الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت نفسك مني فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح ان اراد به التحقيق دون السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبي وسيد الامة المنكوحة لعبد او حر فانه اذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الامة حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها الا ان السيد التزم خصوص الاول فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر في حق السيد فيباع فيه الا ان يفديه بها واذا بيعت ان كان عليها دين بدئ به لان دين الخلع اضعف اما لو خلعها على رقبتها وهي تحت عبد صح فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع

في القياس يلزمها الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت

الطلاق وان ارسله بان قال على الف او على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى احد
فان قبلت لزمها تسليمه او قيمته ان عجزت وان اضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل
اضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتي على عبدك لان العبد اضيف اليه ولو كان الزوج قال لها
خالعتك على عبد فلان او قالت هي اخلعني على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة
في العقد ولو قالت اخلعني على الف على ان فلانا ضامن فاجاب فالخلع معها لانها العاقدة ويتوقف ضمان فلان على قبوله
ولو وكلت من يخلعها بالف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد في الخلع ترجع الى من عقد له لا الى
الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه واذا ادى يرجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه ففائدة امرها به الرجوع عليها
بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فادى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك
النكاح بغير امره والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا **فرع** يتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق
عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وابي الدرداء وسعيد
بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وعند مالك والشافعي
واحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله نسائي طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التي يقع بها الرجعي
مثل اعتدي استبرئي رحمك انت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لهم ما روي انه عليه الصلوة والسلام قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت
في العدة ويروى عن ابن عباس رض ولنا ما رواه ابو يوسف رح باسناده في الامالي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وحديثهم لا اصل له ذكره سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف امرأة
قالت خلعت نفسي منك بالف ثلث مرات فقال الزوج رضيت او اجزت كان ثلثا بثلاثة آلاف خلع امته على رقبتها
وزوجها عبد او مدبر او مكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها فيبطل النكاح
ومتى يبطل يبطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه يبطل البدل ويبقى لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر امتان
دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى ويبطل الخلع في التي خلع على رقبتها
وهي الصغرى لانه امكن تصحيح الخلع في الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها الا في الصغرى
لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فتنقسم الصغرى على مهريهما لانه خلعهما بدلا عن طلاقهما
فما اصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما اصاب الصغرى بقي للمولى ولو خلع كل منهما على رقبة الاخرى
طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من
البدل امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت احدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال

قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان

لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فيبقى لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفين **قاعدة في الطلاق** على مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما اذ ليس احدهما بصرف البدل اليه اولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على ان المال بمقابلة الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصلت البينونة لانها انما تلزمه لتملك نفسها فلو قال لها انت طالق الساعة واحدة وغدا اخرى بالف او قال على انك طالق غدا اخرى بالف او قال اليوم واحدة وغدا اخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغدا اخرى بغير شيء الا ان يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة الى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف اليهما الا يرى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة فاذا جاء غد يقع اخرى لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شيء لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع اخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ولو قال انت طالق الساعة واحدة رجعية او بائنة او بغير شيء على انك طالق غدا اخرى بالف تقع في الحال واحدة مجانا وغدا اخرى بالف لتعذر التصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا ان في قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال انت طالق ثلثا للسنة بالف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني اخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع اخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه وتعالى اعلم **فرع** لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه برئ كل عن صاحبه قال خواهر زاده هذا احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو الصحيح فانه لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن ابي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ احدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا الا اذا شرطا في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي اعني ردها المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كانه قال طلقي نفسك طلاقا بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكي عنه من ردها ما ساق اليها من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يجعل كانه قال طلقتك بائنا لكن هذا مذكور في غير موضع ذكره في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما اذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بان اختلعي امر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بامر الزوج بخلاف اشتري نفسك لانه امر بالخلع الذي هو معاوضة اذ لم يكن البدل مقدرا فان قدره بان قال بمهرك

لاشيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

و نفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار ويريد بالرواية الاخرى ما ذكر فى غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لايقع مالم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت فى رواية كتاب الطلاق لايصح مالم يقل الزوج خلعت وفى رواية كتاب الوكالة يصح ويبرا الزوج عن المهر وهو الاصح واما الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا ان ينوي خلافه يدل على هذا ما فى المنتقى قال ابو يوسف اذا قال لها اخلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لايكون خلعا الا على مال الا ان ينوي بغير المال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك ينوي به الطلاق وقع ولايبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا اتفقا على عدم النية ومايوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما اذا قال اختلعي مني بغير شيء فاختلعت وقع بلا مال لانه صرح بنفي المال نقله عن محمد الفضلى والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من ان حقيقته مافيه المال لو قال لاجنبي اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعي على مال ما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على الف لايصح مالم يقل الزوج خلعتك او نحوه بخلاف فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعي نفسك مني بالف والباقي بحاله بحيث يتم والفرق ان التفويض فى المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا مفقود فى الثانية فلو لم يصح لمضادة الحقوق وحقوق العقد لاترجع الى الوكيل اذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لاتعلم معناه او لقنها ابرأتك من نفقة العدة قيل يصح والاصح لايصح لان التفويض كالتوكيل لايتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبيه البيع والبيع وكل المعاوضات لابد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما يقع قال ابرئني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت ابرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال فى فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة مادامت فى العدة لانها لم يكن لها حق حال الخلع فقد ظهر ان تسميته كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ ذاك وبعض الشافعية لايصح هذه للجهالة وهذا عندنا عموم لااجمال ولو تزوجها على الف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على الف اخرى ثم اختلعت منه على مهرها لايبرأ الزوج الا من الثاني دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكل امرأته فى خلعها فخلعها على الف فانكرت التوكيل فان كان ضمن المال الزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقها الزوج على انها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لايقع الطلاق لانه ظهر ان الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقة بالف قال الصفار يقع الطلاق ضمن المهر اولا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال ابو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى ولو ادعى الرسالة من امرأة الرجل اليه فى ان يطلقها او يمسكها فقال الزوج لاامسكها بل اطلقها فقال الرسول ابرأتك من جميع مالها عليك فطلقها فانكرت المرأة امره بالابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها او وكالتها اياه كذلك وقع وهي على حقها وان لم يدع فان كان الرسول

باب الظهار

قال ابرأتك من حقها عليك على ان تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها وان لم يقل على ان تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها وهذه في امر الحكمين لما كان سبب الخلع الشقاق وجب ذكر امر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما فضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين ايضا وقيل الضميران للزوجين والاولى ان يكون الحكمان من اهلهما كما ذكره الله سبحانه وتعالى وانما كان اولى لانهما اخبر بباطن امرهما واشفق عليهما وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من اهلهما الا ان لا يوجد من اهلهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وابي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيله وهو قول الاوزاعي واسحاق وروي عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرأ من مالها فكيف يفعل ذلك نائبه وفي احكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع امرها الى السلطان فيبعث حكما من اهله وحكما من اهلها وايهما كان اظلم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالعنين والمجبوب والحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقوقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما ان يجمعا ولا ان يفرقا بغير امرهما وما زعم اسمعيل المالكي من ان ابا حنيفة واصحابه لم يعرفوا امر الحكمين اخبار بالنفي لعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية بقبول قولهما عليهما والحكمان يمضيان امر الزوجين فاذا قصدا الحق وفقهما الله تعالى للصواب وهما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكلما ورد عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم ينصوا على انه جائز بغير رضى الزوجين وهذا لانه غير جائز لهما ان يطلقا امرأة الغير بغير اذنه ولا ان يدفعا ماله الا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للزوج في مالها قال تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب من نفسه الحكمان بهما بعثا للصلح وليعلما الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه فاذا لم يقبل اعلما الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ومصلحان في حال اذا فوض اليهما

وقول من قال يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير معقول عندنا وليس ما روي عن علي رضه شاهد في ذلك

باب الظهار مناسبته بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه اكمل في باب التحريم اذ هو تحريم يقطع النكاح وهذا مع بقائه والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح ان يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاغراض فيقال ظاهرته اذا قابلت ظهرك بظهره حقيقة واذا غايظته ايضا واذا لم تدابره حقيقة باعتبار ان المغايظة تقتضي هذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار انه يقال قوي ظهره اذا نصره وظاهر من امراته واظهر وتظاهر واظاهر وتظهر اذا قال لها انت علي كظهر امي وظاهر بين ثوبين اذا لبس احدهما فوق الاخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الاخر ظهرا للثوب وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا ايضا وانما عدي بمن مع انه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكظهر امي اي كبطنها بعلاقة المجاورة ولانه عموده لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكات وقيل خص الظهر لان اتيان المرأة من ظهرها

وإذا قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح

كان حراما فاتيان امه من ظهرها احرم فكثر التغليظ فيه في الشرع هو تشبيه الزوجة او جزء منها شائع او معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التابيد ولو برضاع او صهرية وزاد في النهاية قيد الاتفاق احترازا عما لو قال انت علي كظهر فلانة وقد زنى بها ابوه او ابنها لم يكن مظاهرا وسنذكر ما هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر او غيره مما لا يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لانه كان الاصل في استعمالهم وشرطه في المرأة كونها زوجة وفي الرجل كونه من اهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطي ودواعيه الى وجود الكفارة به واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع تجب بالظهار والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة او الغالب فيها معنى العبادة ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بما يخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو امساك بمعروف فيكون دائرا بين الحظر والاباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل وسبب وجوبها العود وقيل شرطه ولفظ الآية يحتملهما اي قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة اذ يمكن كون ترتيبها عليهما او على الاخير لكن لو امكن البساطة صير اليها لانها الاصل بالنسبة الى التركيب ولذا قال في المحيط سبب وجوبها العزم على الوطي والظهار شرطه وهو بناء على ان المراد من لفظ العود في الآية العزم على الوطي واعترض بان الحكم يتكرر بتكرر السبب لا الشرط والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشائخنا على انه العزم على اباحة الوطي بناء على ارادة المضاف في الآية اي يعودون لضد ما قالوا او لتدارك تنزيل المقول منزلة القول ويرد عليه ما يرد على ما قبله وهذا بناء على عدم صحة ارادة ظاهره وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود وبعض المحدثين الذين يرونها فان ظاهرها عدم تعلقها بتكرره ويرد ان بمجرد العزم لا يتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط حتى لو ابانها او ماتت بعد العزم لا كفارة قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا اراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا كما تقول لمن اراد الصلوة النافلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند الشافعي رح هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها ورد بان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن طلاقها جناية وايضا كيف يكون الامساك عن طلاقها جناية اذ قد يكون للتفكر في امر الكفارة وتحصيلها او للتروي في طلاقها او التكفير فلا يكون مجرده بعد الظهار جناية فلا ينتهض سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترتفع الا بالكفارة لا بتملك ولا تزوج ثان حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر او كانت امة فملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيها وللمرأة ان تطالبه بالوطي وعليها ان تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضي ان يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان ابى ضربه ولا يضرب في الدين ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب والفاظه صريح وكناية وسياتي وسبب نزول شرعيته قصة خولة او خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه فيقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى الفرض فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد فقال يصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده شيء يتصدق به قال فاني ساعينه بعرق من تمر قلت يا رسول الله واني ساعينه بعرق آخر قال قد احسنت قال فاذهبي واطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك قال والعرق ستون

وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر

صاعا رواه ابو داود وقيل هو مكيل يسع ثلاثين صاعا قال ابو داود وهذا اصح وفي الحديث الفاظ آخر ورواه ابن ماجة وغيره **قوله** اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه وعن محمد للمظاهر ان يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا اذا قال انت مني كظهر امي او انت عندي او معي وكذا اذا قال انا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى الحق ولفظ المشيئة لا يثبت ولو قال انت علي كظهر امي ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ولو قال ان شاء فلان فالمشيئة اليه **قوله** وهذا اي ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة لانه اي الظهار جناية كبيرة محضة لكونه منكرا من القول وزورا بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة **قوله** ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه تفيد هذه العبارة ان هذا هو الاصل اي الطريق المحرم مستمر على هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض فكان صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وفي حديث عائشة رضي الله عنها كان يامرني بان اتزر فيباشرني وانا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الامور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهري والاوزاعي والنخعي وقول الشافعي ورواية عن احمد لان حرمة الوطء نصا بقوله تعالى من قبل ان يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره او تحليلها كما قال الشافعي واحمد في قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الحيض ثم في الصوم لتحقيق الكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعن كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعي وعن كثرة وقوع ضديهما الظاهر في كثرة وجود الجماع ينتفي لزوم شرع الزواجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لا تكثر بالنسبة الى كل شخص شخص فاستمر على الاصل وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لا في الصوم بان الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وتقريره بما حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني اقوى لسبب ان النهي تناوله مقصودا فيتعدى الى الدواعي بخلاف الثابت في ضمن الامر فانه لم يتعلق به نهي اصلا بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتاديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه فافترق الحال بين الاستبراء والاحرام والاعتكاف وبين الحيض والصوم لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهي قال تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ولا رفث ولا فسوق نفي مستعار للنهي لتاكيده وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة وقال تعالى في الآخرين فاعتزلوا النساء في المحيض ثم اتموا الصيام ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لان المذكور في الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المامور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى انهم لم يمتثلوا للنهي عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الا منهيا عنه وهو صحيح لان النهي لنفس طلب الترك عدل الى ما ذكره والتحقيق ان الدواعي منصوص على منعها في الظهار والمذكور في وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكرنا ما وجه كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل ان يتماسا لا موجب فيه للحمل على المجاز لامكان الحقيقة وهو يحرم الجماع لانه من افراد التماس فكل من القبلة واللمس والجماع افراد التماس فيحرم الكل بالنص

لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه السلام
قال وهذا اللفظ لا يكون إلا ظهارا لأنه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لأنه منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به وإذا قال أنت علي كبطن أمي
أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه وكذا إن شبهها بمن لا يحل
النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة لأنهن في التحريم المؤبد كالأم وكذلك إذا قال رأسك

فظهر فساد قول المخالف والله سبحانه وتعالى أعلم **قوله** لقوله عليه السلام روى أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس أن رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر فقال عليه السلام ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها في ضوء القمر وفي لفظ بياض ساقها قال فاعتزلها حتى تكفر وفي لفظ ابن ماجه فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن لا يقربها حتى يكفر قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب ونفى كون هذا الحديث صحيحا رده المنذري في مختصره بأنه صححه الترمذي رجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذي عن ابن إسحق إلى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب وأما ذكر الاستغفار في الحديث فالله أعلم به نعم هو في الموطأ من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل أن يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك أحسن ما سمعت **قوله** لو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه لأنه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم أن المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي **قوله** وهذا اللفظ أي قوله أنت علي كظهر أمي لا يكون إلا ظهارا وإن نوى به الطلاق أو الإيلاء أو قال لم أنو شيئا لأنه صريح فيه وإنما إليه اتباع المشروع لا تغييره وهذا يعم ما قلناه وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال أردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو المستلزم لنفي صحة إرادته به احتاج إلى الجواب وهو كلفظة أنت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح أن يراد غيره لا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة **قوله** ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام فيهما للعهد أي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لأنهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما **قوله** وهذا المعنى يعني تشبيه المحلل بالمحرمة يتحقق في التشبيه بعضو لا يحل النظر إليه على التأبيد لما كان الظهار كلاما تشبيهيا مشتملا على المشبه والمشبه بها وجب اعتبارهما فيها ففي المشبهة أن تذكر هي وجزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الأول وفي المشبه بها أن تذكر هي أو عضو منها لا يحل النظر إليه على التأبيد إلا أن مع ذكرها ينوي كما سيأتي إذا عرفت هذا فعبارته أعني قوله وكذا إذا شبهها بمن لا يحل النظر إليها إلى قوله مثل أخته وعمته وأمه من الرضاع ليست جيدة لأن ظاهرها حرمة النظر إلى هؤلاء من الرضاعة وإنما المعنى إذا شبهها بجزء لا يحل النظر إليه فلو قال أنت علي أو رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أو نصفك أو سدسك كظهر أمي أو خالتي أو أم زوجتي أو كفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتها كان مظاهرا ولو قال يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أمي أو فرجها إلى آخر ما ذكرنا لم يكن ظهارا لأن هذه الأشياء يجوز النظر إليها ومسها بغير شهوة ولو قال أنت علي أو رأسك إلى آخر ما قلنا كيد أمي أو جنبها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها كذا لو قال يدك أو رجلك الخ علي كيدها أو كرجلها الخ لا يكون ظهارا لانتفائه من الجهتين وإذا أحكمت ملاحظة الأصلين خرجت فروعا كثيرة من تفريع ما جمعناه مثل فرجك كفرج أمي وفرجك كفخذ أمي يكون ظهارا وبطنك كفرجها لا يكون ظهارا لوجه الاعتبار في المشبه يكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه في الطلاق لأنها هي المحرمة كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك وفي المشبه بها كون النظر مما لا يحل النظر إليه من المحرمة ما ذكره بقوله لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه في أول هذا البحث **قوله** لأنهن أي أخته وعمته وأمه

على كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

من الرضاع في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله انت على كظهر عمتك او اختك لان حرمتهن ليست على التابيد بل هو مؤقت بانقطاع
عصمتها ثم المراد تابيد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التابيد ولو قال كظهر
مجوسية لا يكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التابيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرها
لا يقال يرد على اشتراط تابيد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى انت على مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد
التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التابيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها انت على كظهر امي لان تشبيهها
بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظاهر الظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل
آخر ظاهر زوجها منها فقال انت على مثل فلانة ومثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبهها بامرأة محرمة عليه
في الحال وهي ممن تحل في حالة اخرى مثل اخت امرأته ومثل امرأة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان النص ورد في الام
وهي محرمة على التابيد وقد علمت ان هذه كنايات فلا يكون ظهارا ولا ايلاء الا بالنية وبعد اشتراط تابيد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها
شرطه في النهاية ليخرج ام المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بها لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فمنهم من قال عند
ابي يوسف رح يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بجوازها عند محمد ينفذ خلافا لابي يوسف فمنهم من قال عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة
المؤبدة مجمعا عليها او لا بل لكونها يسوغ فيها الاجتهاد او لا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع او النص الغير المحتمل للتاويل من غير
معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا اختلفوا في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه
ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال لو قبل امرأة او لمسها بشهوة ثم شبه امرأته ببنتها لا يكون مظاهرا عند ابي حنيفة
ولا يشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر اختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا
من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التابيد كانهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها في ان مع حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب قوله عليه السلام ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت اختية بنت الفحل
من غير التي ارضعت بالالتزام ومثله ما رايت لو شبهها بامرأة الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان ابا يوسف يرى تابد
حرمتها لتسويغ الاجتهاد واما ان اراد من ارضعها بلبن الفحل بان نزل له لبن فلا اشكال لكنه بعيد ممن عادتهم في اطلاقه فلا قد لا اختية هناك جهلا ومما يشكل
ما ذكره في الدراية ايضا نقلا عن شرح القدوري ان زنى ابوه بامرأة او ابنه فشبهها بامها او ابنتها يصير مظاهرا عند ابي يوسف لا ينفذ عنده حكم الحاكم بجواز نكاحها
وعند محمد رح لا يصير مظاهرا لنفاذ حكم الحاكم وهذا مشكل لان غاية الامر فيه الاب والابن ان يكون كام زوجة الاب والابن ولا تحرم ام زوجة الاب
على الابن ولا ام زوجة الابن على الاب فليس التشبيه بها محرمة ولو شبهها بظهر ابيه او قريبه او بظهر اجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج ابيه
او قريبه قال في المحيط ينبغي ان يكون مظاهرا اذ فرجها في الحرمة كفرج امه وفي كافي الحاكم المرأة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير
ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي انت على كظهر امي وانا عليك كظهر امك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف رح عليها كفارة

ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان
قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق
بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لاحتمال
الحمل على الكرامة وقال محمد رح يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رح
هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رح ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو
على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رح ايلاء وعلى قول محمد رح ظهار

يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار وقال محمد ليس بشيء وهو الصحيح وفي شرح المختار حكى خلاف ابي يوسف والحسن على العكس وكذا
في غيره وفي الينابيع والروضة كالاول قال هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امراته ثم اشرك معها اخرى كان مظاهرا منهما
قوله ولو قال انت علي مثل امي اجمعنا الالفاظ انت امي مثل امي كامي حرام كظهر امي ففي انت امي لا يكون مظاهرا وينبغي ان يكون مكروها فقد صرحوا بان قوله
لزوجته يا اخية مكروه وفيه حديث رواه ابو داود عن ابي تميمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامراته يا اخية فكره
ذلك ونهى عنه ونحن نعقل ان معنى النهي هو انه قريب من لفظ التشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن ان يقال هو ظهار
لان التشبيه في انت امي اقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ اخية في يا اخية استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور افاد كونه
ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لا بد في كونه ظهارا من التصريح باداة التشبيه شرعا ومثله ان يقول لها يا بنتي
او يا اختي ونحوه وفي مثل امي او كامي ينوي فان نوى الطلاق وقع بائنا كقوله انت علي حرام وان نوى الكرامة والظهار فكما نوى لانها
من الكنايات وافاد انه كناية في الظهار فعلم ان صريحه يكون التشبيه بعضو وان لم تكن له نية فليس بشيء عندهما وهو ظهار عند محمد وجه قوله ان المعنى الاشهر
لهذا اللفظ الظهور لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير انه عدل عنه فيما اذا كان له نية شيء يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي تصحيحا للارادة
وجعل على معنى عندي في الكرامة وذلك لان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة انما هو انت عندي مثل امي او كامي فحين لم يصرح بعندي افاد شبه على موجبه
في نفسه ولهما ان معنى كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بل انما كان التشبيه به ابتداء وقصدا اذ كان التشبيه بالكل محتملا في
حق جهة التشبيه ما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد
اليها واللفظ صحيح فيها وما امكن صون تصرفاته عنها وجب اعتباره وذكر في حصره ان نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما وكذا غيره
فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه اي اداته فان الكلام في مثل امي وكامي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقته وقد نوى ما لا ينافيه
فان الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوي في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام وعند ابي يوسف ايلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيدعي
الثابت به لا يتعدى المنوي وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الايلاء فان الايلاء ادنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وهو
اخف اما السبب فلانه وهو الظهار كبيرة محضة والايلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار امر آخر يقترن به اما الحكم فالكفارة
فيه اخف من حيث قدر بالاطعام والصيام فيه بستين مسكينا وشهرين والامر الآخر هو ان حرمتها في الايلاء لا تثبت في الحال فانه وان حلف
ان لا يقربها فالشرع طلب منه ان يحنث ويطاها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت اليه بعد زوج عادت بلا ايلاء في حق وقوع
الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة اذا وطئها وكان الايلاء مؤبدا وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتعدى الى الدواعي
ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر اولا ولو طلقها ثلاثا والباقي بحاله يعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر وكذا لو كانت امة فاشتراها وانفسخ
العقد لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الاصح انه ظهار عند الكل لانه تحريم مؤكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما ينطبق على قوله انت علي حرام
كامي وليس الكلام فيه بل في مجرد انت كامي وفي انت علي حرام كامي فانما له محتملان الطلاق والظهار لا البر لتصريحه بالحرمة فايهما اراد ثبت
فان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار وهنا تنبيه الذكر لفظا على ما فان الاشبه ان لا يختلف في كونه ظهارا

والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رح وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد رح اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رح يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة رح انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه **قال** ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

لانه تحريم مؤكد بالتشبيه **قوله** والوجهان بيناهما يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة ابي يوسف ليكون الثابت ادنى الحرمتين ومن جهة محمد ما ذكر وفي قوله انت علي حرام كظهر امي خلاف فعنده لا يكون الا ظهارا سواء نوى طلاقا او ايلاء او لم ينو شيئا وقالا هو على ما نوى ظهارا او طلاقا او ايلاء وان لم يكن له نية فظهار لان التحريم يحتمل كل ذلك فاذا نوى الطلاق او الايلاء يكون قوله بعده كظهر امي تاكيدا له لا مغيرا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا معه لانه عند محمد يقع بائنا بانت حرام فلا يمكن اثبات الظهار بعده بكظهر امي وعند ابي يوسف يكونان فيقع الطلاق بلفظ حرام اذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظ وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لانه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته كما اذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت اخرى يقع عليها في الاخرى باعترافه وفي المعروفة بصريح اللفظ في القضاء فانه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا يقتضي ان وقوع الطلاق والظهار فيما اذا قال عنيت الطلاق عنده انما هو في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع الا ما نوى وفي شرح الكنز ولو نوى الايلاء ينبغي ان يكون ايلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التنافي **قوله** وقد عرف في موضعه يعني المبسوط ولابي حنيفة انه اي لفظ كظهر امي صريح في الظهار محكم فيه ولفظ حرام محتمل فيه فرد اليه اذا قرن معه **قوله** حتى لو ظاهر من امته موطوءة كانت او غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي واحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الامة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا ان النص يتناول نسائها بقوله تعالى من نسائهم والامة وان صح اطلاق لفظ النساء عليها لغة لكن صحة الاطلاق لا يستلزم حقيقته لان حقيقة اضافة النساء الى الرجل او رجال انما يتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح ان يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه وحرمة بنت الامة الموطوءة ليس لان امها من نسائه مرادة بالنص بل لانها بنت موطوءة وطئا حلالا عند الجمهور وبهذا التقييد عندنا على انه لو اريد بالنساء هنا ما تصح به الاضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات والمجازي اعني الاماء بعموم المجاز لا يمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الاماء لثبوته في الزوجات اما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا ايضا ليثبت بطريق الدلالة لان الاماء ليس في معنى الزوجات لان الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد والامر للملك حتى يثبت مع عدمه في الامة المجوسية والمرضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ولان القياس ان لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذلك سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للامة فيه فيبقى في حقها على اصل القياس ولان الظهار كان طلاقا فنقل عنه الى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق في الامة وليس هذا الوجه بشيء للمتامل **قوله** لانه صادق في التشبيه وقت التصرف والتشبيه انما انعقد سببا للتحريم المغيا حين كان كذبا محضا فلا يترتب لا يقال فليتوقف على الاجازة كما يتوقف نكاحها على الاجازة فان اجازت ظهر انه كان التشبيه الممتنع اجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف لان عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف فلا يثبت الظهار بعد الاجازة بخلاف اعتاق المشتري للعبد من غاصب لانه لان الاعتاق حق من حقوق الملك يعني يثبت بالملك حتى ان يعتق اذا اشتراه فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه وان كان لو قال لزمه حكمه فاذا اجاز المالك بيع الغاصب عتق **قوله** ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا بلا خلاف لانه اضاف الظهار اليهن فكان كاضافة الطلاق اليهن ليطلقن جميعا وانما الخلاف في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي تتعدد بتعددهن اي لكل من اراد وطئها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والزهري والثوري وغيرهم وقال مالك واحمد كفارة واحدة

فصل في الكفارة **قال** وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه منصوص (?) بعينه الكفارة على هذا الترتيب **قال** وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا **قال** وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك

وروي ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطاء اعتبره باليمين بالله تعالى في الايلاء قلنا الكفارة لرفع الحرمة وهي متعددة بتعدد من وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين او اكثر في مجلس واحد او مجالس حيث تكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول تاكيدا فيصدق قضاء فيهما الا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار بينه وبين الله تعالى ولو ولما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار بينه وبين الله تعالى وما هو الا تحصيل الحاصل اجيب بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك حل المحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع اسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم بعينها ولصومه وليمينه وبهذا الايراد فع سوال تحصيل الحاصل الا ان يلتزم ان يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في اسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات **فروع** لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي واحمد كالايلاء وهي رواية البرامكة عن ابي حنيفة والاول رواية الاصل لنا قوله تعالى والذين يظاهرون منكم من نسائهم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع اثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من اهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وهو غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على رأيكم اذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة والغاء قيد الايمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالغاية في اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وما اجيب به من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انها يفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما عرج به من افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع الا ان افتقار الكنايات اليها ليتعين احد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة ليقع عبادة والا خلا اذا والفرق بين الظهار والايلاء على قول ابي حنيفة حيث اجاز ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء امران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطي انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا لم يجز ولو ظاهر يوما او شهرا صح لتقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم ابانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال انت علي كظهر امي في رجب ورمضان كفر في رجب اجزاه عنهما ولو ظاهر فجن ثم افاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالافاقة خلافا لاحمد في احد وجهين للشافعية ٭

فصل في الكفارة **قوله** عتق رقبة اي اعتاقها فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة مقارنا للموت المورث لا يجزيه عنها **قوله** وكذا في الاطعام يعني يجب كونه قبل المسيس كاخويه والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلله والحقه بهما وحاصله عقلية ان الكفارة منهية بالتنصيص على ايجابها قبل التماس وهذه الكفارة مثلها فيجب كونه قبل التماس مع ما قدمناه رواية من الحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلقا من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كله تنبيه اي انه زيادة على اطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لانه قيد التحرير بكون قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ثم اعاد التقييد المذكور مع الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ثم اطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو اريد التقييد في الاطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيص

من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارنته للمعصية يحال به الى سوء اختياره ولا تجزئ العمياء والمقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهي البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه

بالاطلاق بعد ما نص عليه على تكرير القيد مع ان التخصيص غير مكتف به فتقييده في التحرير والعموم قرينة على قصد الاطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على ارادة تكرره مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالجملة الاولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالاخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو اعاده معها بعدها فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من ان تخصيصه بالاطلاق بعد تكرير القيد مع اخويه ظاهر في ارادة انفراده عنهما بمعنى الاطلاق فلا يتخرج على القواعد الا ان يتحقق فيه اجماع في عصر من الاعصار والثابت فيه الآن قولان للشافعي وروايتان عن احمد لانا نقول الثابت بالنص افتراض الاطعام شرطا لحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل اوجبنا ذلك بخبر الواحد والالحاق بالخصلتين في وجوب التقديم لا في اشتراطه في الحل والاصل وان كان الافتراض فالمتعدي الى الفرع منه الوجوب لا يقال ح يختلف الحكم في الاصل والفرع لانا نقول الوصف الذي به زاد الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان الحكم هو الايجاب غير انه ان كان ثبوته قطعيا سمي فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتامل واما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الاطلاق في ذلك قال ابو حنيفة فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم يستانف ولو قربها في خلال الاطعام لا يستانف لان الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس واطلق في الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهما حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة **قوله** من كل وجه متصل بالمرقوقة فلهذا لو اعتق ام ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذي لم يود شيئا وعن ذلك يصح اعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه **قوله** الكفارة حق الله تعالى المشهور بناء الخلاف على ان المطلق هل يحمل على المقيد والاشبه نعم وعندنا لا الا في حكم واحد في حادثة واحدة لانه ح يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشيء لا يكون في نفسه مطلوبا ادخاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها والكلام في تحقيق هذا الاصل في غير هذا ولو تنزلنا الى اصلهم لم يلزم من التقييد في الكفارة الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو اخف منه ليكون التقييد فيه بيانا في المطلق وتقريره في الكتاب ان الكفارة وهي الاعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله اذ الاعتاق يتعلق به فيتحقق اثره له وهو تحقق كالزكوة والجواب ان هذا لا يعارض اطلاق النص الا اذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك لجواز ان ياذن الله تعالى في الاحسان والتمليك تصدقا على الكافر في الامور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكوة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على اهل الاديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليهم مع ان المقصود منها التقرب الى الله تعالى فلولا ان معنى التقرب الى الله تعالى يحصل بذلك لم يشرع اصلا ولا يزيد الفرض على كونه قربة اليه تعالى الا بكونه مامورا به ولا يظهر لوصف المامور به اثر في منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافي معنى القربة ولولا النص الذي يخص الزكوة لقلنا بجواز دفعها لفقراء اهل الذمة وهذا لان التقرب بفعل الفاعل تحصيل لا بخصوص محل فعله وهو انما يتفرغ لتمكنه من الطاعات بالاسلام شكر الله تعالى على ما انعم عليه من تخليصه من ربقة الرق لا بغير ذلك ثم اقترانه بالكفر لسوء اختيار منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا ويدخل في الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف في اعتاق المرتدة لانها لا تقتل واعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه من الكفارة واعتاق المستامن يجزيه **قوله** ولا تجزئ العمياء الخ الاصل ان يكون المعتق كامل الرق مقرونا بالنية وجنس ما يبقى من المنافع بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضره ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم تعتبروا فوات الزينة على الكمال مع انهم اعتبروه في الديات فالزموا بقطع الاذنين الشاخصتين تمام الدية وجوزوا هنا عتق مقطوعهما اذا كان السمع باقيا ومثله فيمن حلقت لحيته ولم تنبت لفساد المنبت وما علله به

لا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل
فكان فائت منافع الاعضاء والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب
الذي ادى بعض شيء لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد
والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رحمه الله له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه
المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا لقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة
الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله

في جعل العنين والخصي والمجبوب من ان الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك فيعمل به في فوات الزينة على الكمال
لان باعتبار ذلك لا يصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر فعن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه ويجوز الرتقاء والقرناء
والعوراء والعمشاء والعشواء والبرصاء والرمداء والخنثى لا مقطوع اليدين او الرجلين او احدى كل من اليدين او الرجلين
من جهة واحدة ويجوز من خلاف اما مقطوع ابهامي اليدين فلما في الكتاب ومثله مقطوع ثلث اصابع غير الابهامين من كل
يد لان الاكثر كالكل ويجوز مقطوع اصبعين غير الابهام من كل يد لا ساقط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق
لان المنافع كلها في حقه فائتة لان الانتفاع به انما هو بالعقل واما الذي يجن ويفيق فيجوز عتقه اطلقه في الهداية والمراد اذا
اعتقه في حال افاقته وفي الاصم روايتان وما ذكر في الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين فمحمل رواية النوادر الاصم الذي
ولد اصم وهو الاخرس فانه لا يسمع اصلا ولا يتكلم ومحمل ظاهر الرواية الذي اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا اعتق عبدا
حلال الدم فقضى به عن ظهاره ثم عفي عنه لم يجز وفي التجنيس من علامة عيون المسائل اذا اعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى
ويخاف عليه يجوز فان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم
ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرهما الا كغيرهما من الاصابع وايضا رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة
البطش لازمه ولا عينه فوات جنس المنفعة بل ضعفها ولا يجوز عتق المدبر وام الولد ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيئا الا الذي
ادى بعض الكتابة والشافعي منعه والحق المكاتب بالمدبر وام الولد بجامع انه استحق العتق بجهة الكتابة فاشبه المدبر وام الولد فنقص
الرق فيه كما نقص فيهما بل هو اولى لعدم الاجزاء منهما فانه لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبره وام ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية
فدل انه انقص منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها
كالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام عليه كما في المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب احمد بناء
على جواز بيعه عنده خلافا لنا وفي ام الولد على وجه الاثبات عن الكفارة لنفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ عن تقدير تحققها
موجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم
يلزمه نقصان الرق بهذا اولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وام الولد لم يتبين
نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما ايضا تعليق العتق بموت السيد ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى
لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهذا
هو الثابت في المدبر وام الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في المكاسب لا ايجابا نقصانا
في الرق اذ المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من كتابته شيء رواه ابو داود المراد به كامل في العبودية
والرق وانما لا يستبد المولى بفسخه لانه ببدل فانعقد لازما من جانبه بخلاف الاذن في التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل
مملوك لي حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا يرى

الا انه يسلم له الاكساب والاولاد فكان العتق واقعا بجهة الكتابة ولان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء
الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا ورثه كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله فان اعتق نصف عبد مشترك وهو
موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان
المعتق معسرا لانه وجبت عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله
يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع
كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح واما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق
النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه
لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص

في كل مملوك له من نقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا يرى ان الملك
يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالامتعة والحيوان غير الآدمي ففي العبد رق في رقبته وملك يجاوزه فيهما ويتعدى الى غيرها من منافعه
واكسابه والكتابة اوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فينتقص بها الملك لا الرق لكن العتق انما يعتمد الرق لانه
لو دار مع الملك ثبت في غير الآدمي ايضا وكان حرجا كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المرجح **قوله**
الا انه يسلم له الاكساب الخ جواب عما قدمنا يقال عتقه حيث وقع انما يقع شرعا بجهة الكتابة وان عين السيد جهة التكفير بدليل انه يسلم
له الاكتساب والاولاد فعلم انه بجهة الكتابة اجاب بوجهين الاول ان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من جانب المولى مختلف جهاته
ففيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع الى المولى جعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة
اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند
الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبالي باختلاف السبب ففي مسئلة الزوج
نفس حقه ليس الا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالي لكونه عن سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس
الا العتق عند الاداء وقد حصل عينه الثاني وانفساخ الكتابة ضروري اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف عن عاقل مسلم
فيما فيه ما يحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاكساب لانه لا دلالة على الرضا فيها
فيعتق في حقها مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والا لتقرر بدل الكتابة او التسليم المبدل يوجب
تقرر البدل **قوله** وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها هذا في الشراء اما لو ورث احدهما فنوى الكفارة فقد
قدمناه ولو وهب له او اوصى له صح والحاصل انه اذا دخل في ملكه بصنع منه اذ نوى عند صنعه ان يكون عتقه عن الكفارة اجزأ
والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فانت حر ونوى كون العتق وقت دخوله عن كفارته لا يجوز ولو نواه وقت اليمين جاز **قوله**
وضمن قيمة باقيه يعني اعتق ذلك الباقي ايضا لم يجز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بناء على تجزي الاعتاق وعدمه عندهما لا يتجزى
فاعتاق نصفه اعتاق كله غير ان المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية
على العبد حتى يكون اعتاقا بعوض ولو كان المعتق المعسر لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك
البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود لانه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده يتجزى فانما اعتق نصيبه في الابتداء
ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كام الولد على ما سنذكر لان
عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالمدبر فصار كانه اعتق
عبدا الا شيئا منه بخلاف المسئلة التي بعد هذه فانه اعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الاعتاق بجهة
الكفارة فيجوز كمن اضجع شاة ليذبحها اضحية فاصابت السكين عينها فعورت فان قيل الملك في المضمون يثبت مستندا الى وقت وجوب سبب
وبه يظهر ان نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو اذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك في المضمون انما يثبت مستندا في حق الضامن والمضمون له

واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تاخير البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف

لا في حق غيرها فيمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرها والكفارة غيرها فلم يجز ولا يخفى ان التعييب ضرورة اقامة المامور به ليس كالتعييب بصنعه مختارا حتى انه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه فكان المشترك اولى بالاجزاء من العبد المختص لان مالك النصف لا يقدر على عتقه الا بطريق عتق نصفه فحاله اشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل بسبب اقامة الواجب وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما اطلق له العتق مرة وبمرات كان لازمه انه اذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع وعن هذا البحث لبعضهم انه تجب الاجزاء في الصورتين فان النقص في الاول ايضا حصل بسبب العتق كالثاني والتعمد وعدمه سواء لانه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطاء ولان الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية واجاب عن قوله انما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكميا فسواء وجد في ملكه بين اعتاق نصفه واعتاق باقيه وفي ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافي كمال الرقبة منع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا يستلزم منافاة الاجزاء الا اذا كان في غير ملكه لانه اهدر لحصوله بسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع في ملك غيره وضمنه كان مشتريا ناقصا ارقا معنى فمعتقه عن الكفارة بخلاف ما اذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الاهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم اعتاقه بحيث اهدر كان كانه اعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم اعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان فلم يقع عن الكفارة

قوله واعتاق النصف حصل بعده فان قيل كل اعتاق بعد هذا اذ ان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده ايضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني ويبطل اعتاق ذلك النصف لان الشرط للحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم بذلك المسيس ثم لم يمكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لان المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت الى ان يوجد الشرط وهو عتق مجموع رقبته **قوله** واذا لم يجد المظاهر ما يعتق في الجزاء انه لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وقال الشافعي رح والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان الماء مامور بامساكه لعطشه والاستعمال محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازي في احكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس اهله بخلاف الخادم وفي الاسبيجابي يعتبر اليسار والاعسار وقت التكفير اي الاداء وبه قال مالك وقال احمد رضي الله عنه والظاهرية وقت الوجوب وللشافعي اقوال كالقولين وثالثها تعتبر اغلظ الحالين **قوله** وكفارته صوم شهرين ان صامهما بالاهلة اجزاه وان كانت ثمانية وخمسين يوما وان صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو افطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستيناف **قوله** فان جامع التي ظاهر منها كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول ابي حنيفة فانه لو جامع زوجة اخرى ناسيا لا يستانف عنده ايضا كما لو اكل ناسيا لان حرمة الاكل والجماع انما هو للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها فبالجماع ناسيا في اثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف العبد ليصدق كون المجموع ليس قبل التماس وكون السبب النسيان لا اثر له في نفي هذا الواقع وعدم افساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده ليلا

وإن أفطر منها يوماً بعذر أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وإن ظاهر العبد لم يجز في الكفارة إلا الصوم لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكاً بتمليكه وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكيناً لقوله تعالى فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير أو قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أو قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة فإن أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود إذ الجنس متحد وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه لأنه استقراض معنى والفقير قابض له أولاً ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه

بكونه عائداً لليس لتبديل جماعها ليلاً عامداً أو ناسياً سواء لأن الخلاف في وطء لا يفسد الصوم **قوله** وإن أفطر منها يوماً بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض في كفارة القتل والفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءً بما بعد الحيض لو أفطرت يوماً قبل القضاء لزمها الاستئناف لأنها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين فإنها تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها **قوله** لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكاً بتمليكه أوقعه تعليلاً لقوله وإن أطعم المولى عنه أو أعتق فأفاد أن معناه أنه ملكه وأمره أن يعتق ويطعم ليكون هو المكفر إذ لا بد من الاختيار في أداء ما كلف به أو معناه أن العبد أمره ففعل ذلك فإنه يتضمن تمليكه ثم إعتاقه عنه وإطعامه واعلم أن للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات إلا كفارة الظهار لأنها يتعلق بها حق الزوجة **قوله** وإذا لم يستطع المظاهر الصيام لمرض لا يرجى زواله أو كبر **قوله** أو قيمة ذلك أي من غير ما نص عليه فلو دفع منصوص عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعاً مثاله دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمة نصف صاع بر أو صاعاً من البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعاً وقعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لأن الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه فلو جاز ذلك في الاعتبار لزم إبطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ثم إذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه لهم فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف في غيرهم فإن قيل لو كسى عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوباً واحداً عن الإطعام جاز إذا كانت قيمته نصيب كل منهم قيمة الإطعام مع أن كلاً منهما منصوص عليه قلت المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير أنها لا تتحقق إلا بالثوب فحيث لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلاً لهذه الخصلة المنصوصة أعني الكسوة أصلاً إلا أنه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر إذ الكسوة إلا الثوب بصيرورته مكتسياً فيكون فاعلاً غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص **قوله** في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبراني في حديث أوس بن الصامت قال فأطعم ستين مسكيناً ثلاثين صاعاً قال لا أملك ذلك إلا أن تعينني فأعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعاً وأعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه أنه كان براً لأن التمر والشعير يجزئ منه صاع وقدمنا عن أبي داود من طريق ابن إسحق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث أوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فإني سأعينه بعرق من تمر قالت يا رسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال أحسنت قال فيه والعرق ستون صاعاً وأخرج الحديث الشافعي بهذا الإسناد إلا أنه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعاً وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم يحتج إلى معاونتها بعرق آخر في الكفارة وأخرج أبو داود عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً وهذه معارضة في أنه كان المخرج تمراً أو براً والله تعالى أعلم وأما الذي في حديث سلمة بن صخر البياضي قال فأطعم وسقاً من تمر بين ستين مسكيناً قال والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام قال فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكيناً وسقاً من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها الحديث أخرجه أحمد وأبو داود ويكفي ما أثبتناه في صدقة الفطر من أن الواجب من البر نصف صاع إذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة **قوله** لأن الجنس متحد وهو جنس

لم يجزه ثم ... لا يجزيه الا بعد ... باعتبار الزكاة وصدقة الفطر ونحوه لان القليل ... فلا يتوب ... الا بدلالة
والتمكين ... هو الاطعام حقيقة في التمكين من الطعم ... لا كل الطعام ... والواجب في الزكاة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهو التمليك حقيقة ولو كان
فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام

وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزأه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم
فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد
بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

في الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقه نصفي عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول ابي حنيفة فان الجنس
وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر وهو ان المامور به اعتاق رقبة وذلك اعتاق رقبتين ليسا رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيما
لا يمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعا **قوله** فان غداهم وعشاهم جاز المعتبر الاكلتان مشبعتان بخبز
غير مادوم ان كان خبز بر في سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانا غداء وعشاء او غداءين او عشاءين بعد
اتحاد الستين ولو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن ابي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة اربعة ارغفة او ثلاثة
فشبعوا اجزاهم وان لم يبلغ ذلك الاصاعا او نصف صاع فان كان احدهم شبعانا اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد
شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل اشبع التسعة **قوله** وهو حقيقة في التمكين من الطعم لا يقال الاتفاق على
جواز التمليك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا بينهما معا او في حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص
والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الشتم والضرب مع التافيف كذا هذا فالنص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع
كل الحاجات التي من جملتها الاكل يجوز فانه رجح دافع لحاجة الاكل وغيره **قوله** وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال مالك والشافعي
وهو الصحيح من مذهب احمد لا يجزيه وهو قول اكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وبتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير ستين
فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز والجواب اشد موافقة لهذا الاصل وكذا قالوا
في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون
المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب عن رمية مع ان تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو
مدلول التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد اولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان تتكرر الحاجة بتكرر المسكين حكما فكان
تعددا حكما وتمامه موقوف على ان ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة او حكما ولا يخفى انه مجاز فلا مصير اليه الا بموجبه فان قلت المعنى
الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو قلت هو الحاجة لكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو اعم من كونها
حاجات ستين او حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا ان الظاهر انما هو عدد معدود ذوات المساكين مع عقلية ان العدد مما يقصد لما في
تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء **قوله** وهذا اي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم
يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قيل تجدد الحاجة بتجدد
اليوم الثاني فكان اطعام الطاعم اما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد ففيه قيل لا يجوز ايضا الا عن يومه وذلك
وصححه في المحيط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم يصرف ما يقوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه كاطعام
الطاعم فلا يجوز كما لا يجوز لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع عن كفارة اخرى ودفع غيره من كفارة مثلها
لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليها فان قيل لو كسى مسكينا واحدا عشرة اثواب في عشرة ايام حيث يجوز لتفرق الدفع مع عدم
تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف احوال الناس فلا يمكن تعليق الحكم في الثوب

وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا لكل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارة ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء

بغير الحاجة اليه فاقيم معنى الزمان مقامها لانها تتجدد وادنى ذلك يوم لجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئه لان التمليك لما اقيم مقام حقيقة الاطعام وفرغ من ذلك نظر اليه من حيث انه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المسكين المدفوع اليه بالكل بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو كذلك بالنسبة الى دافع آخر وكفارة اخرى وحرف المعنى لا اشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة اذ الحال قيامها وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا ان الاول احوط وحاصله جوابه منع كون التمليك لما اقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما اقيم مقام الشيء اعتبرت فيه احكام ذلك الشيء واما ما يعتقده فعدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع انه معنى معارض لمعنى آخر وهو ما ذكرناه **قوله** وان قرب التي الخ الحاصل انه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربها في خلاله لم يستانف لانه تعالى ما شرط فيه ان يكون قبل المسيس ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثة واحدة بعد ان يكونا حكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس بيانه انه لو قدر على العتق او الصيام في خلال الاطعام او قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فاذا جوز للعاجز منهما القربان قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم ان يقع العتق بعد التماس والمفضي الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله امر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب ورعا فالاولى الاستدلال بما ذكرنا اول الفصل من النص والتعليل بما ذكر **قوله** لمعنى في غيره هو توهم القدرة على العتق او الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام بتخلل الوطء **قوله** عن ظهارين سواء كانا من امرأة او امرأتين **قوله** الخ حاصل الوجه انه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضي للاجزاء عنهما صرف المالية الصالحة لتجزي عن كفارتين الى المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزمه حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضي وانما يكون لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا يعتبر فتنصيصه فيه مطلق الظهار ومجرده لا يلزم اكثر من واحد وكون المدفوع لكل مسكين اكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع ادنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع او كانا جنسين وقد يقال اعتبارها للحاجة الى التمييز هو محتاج اليه في اشخاص الجنس الواحد كما في الاجناس وقد ظهر اثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من انه لو اعتق عبدا ينوي عن احد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم يبلغ حتى تحل وطء التي عينها دون الاخرى وظن انه ظاهر منها فاعتق ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا تجزيه عن نية كفارة زينب فهنا ايضا يجب ان يلغو الثبوت بالغرض الصحيح في نية الظهارين وهو حاجة التمييز بما جعله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلها في الاطعام مائة وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق ولهذا يصير حاصل الجواب تسليم وجود المقتضي وادعاء المانع وهو رجوع انقطاع عن الطريق الاول اذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار ستين مائة وعشرين بالنظر الى كفارتين ليس بابعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة وباعتبار تجدد الحاجة مع الاتفاق على ان وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة

وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن واحد في الفصلين وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل ذلك عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيدة فتلغو وفي الجنس المختلف مفيدة واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يومين قضاء عن يومين من رمضان يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التمييز والله اعلم

باب اللعان

الى كفارة اخرى فهو محتاج آخر بالنسبة اليها فما وقع الاعتاق قيام الحاجة بالنسبة الى كفارة اخرى **قوله** وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما هذا اذا كانت الرقبة مؤمنة فان كانت كافرة صح من الظهار لان الكافرة لا تصلح لكفارة القتل فتعينت للظهار **قوله** في الفصلين يعني صورتي اتحاد الجنس واختلافه **قوله** لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر اذ با اثر تلك الجناية جنس واحد ولذا حمل المطلق منها على المقيد في الاخرى **قوله** لخروج الامر من يده فانه وقع منقلا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده امكان ان يجعله عن احدهما لانه بعدما وقع على وجه لا ينقلب الى غيره **قوله** فتلغو فاذا لغت بقي نية مطلق الظهار فله ان يعين ايهما شاء كما لو اطلقها في الابتداء **قوله** واختلاف الجنس الخ لما اختلف باختلاف الجنس واتحاده اجوبة المسائل افاد ما به الاختلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف وما لا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين اعني الوقتين حقيقة او حكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل الدلوك من يوم غيره من آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للايام كلها بلياليها فكل يوم وان كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وخصوص اليوم فباعتبار احد السببين لا يحتاج في نية قضائه الى تعيين يوم السبت مثلا او يوم الاحد وشرط في الصلوات فان تعذر عليه معرفة يومي الظهرين ينوي اول ظهر عليه او آخر ظهر عليه ان لم يكن ساقط الترتيب وقد اسلفناه في باب شروط الصلوة وكذا اشترط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي عن رمضان الاول والثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الرجحان بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع من النفل عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رح ترجيحا بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد رح اصلا للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل او الزكوة والتطوع او الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل وعند ابي يوسف يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو عن حجة الاسلام اتفاقا عند ابي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلقا وبه تتأدى حجة الاسلام والله اعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كانه صام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء اقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه عن النذر لانه نفل في اصله وقد منا هذا في كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد شرعه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع اليه فليكن هذا رواية عنه فيه هذا ومما يعكس على الاصل الممهد ما عن ابي يوسف رحمه الله في المنتقى لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا

والله الموفق

باب اللعان هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد ويقال منه التعن اي لعن نفسه ولاعن اذا لاعن غيره ومنه رجل لعنة بفتح العين اذا كان كثير اللعن

قال اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن

لغيره ويلكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال الشيخ اكرمه ثم ان مبيته حق ولا كذلك لغة للتنزل وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمي ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة تسمية للكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب وهو ايضا موجود فيهما لانه في كلامها وذلك في كلامه وهو اسبق والسبق من اسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سيذكر وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد في الاجنبية وركنه ذلك المفهوم وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سياتي واهله من كان اهل الشهادة **قوله** اذا قذف الرجل امراته بالزنا بان يقول انت زانية او رايتك تزنين او يا زانية هذا مذهب الجمهور وفي المشهور عن مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتي يحيى بن سعيد واستضعف بان الكل رمي بالزنا وهو السبب فلا فرق **قوله** وهما من اهل الشهادة اي من اهل ادائها عن المسلم فلا يجري اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان احدهما مملوكا او صبيا او مجنونا او محدودا في قذف واورد انه يجري بين الاعميين والفاسقين مع انه لا اداء لهما ودفع بانهما من اهله الا انه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان الفصل بين نفسه وبين امراته فيكون اهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح ان الاعمى لا يلاعن **قوله** ممن يحد قاذفها فلو كانت لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه او كان لها ولد وليس له اب معروف او زنت في عمرها ولو مرة او وطئت وطيا حراما بشبهة ولو مرة لا يجري اللعان واوردنا فائدة تخصيص المراة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل ايضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان لا يقال ان كانت ممن يحد قاذفها واجاب في النهاية بان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلابد من احصانه حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصانها قذفها لا يكون موجبا الا حد القذف لا اللعان اما قذف الرجل عند عدم احصانه فموجب ما هو الاصل وهو حد القذف فالحاصل ان قذفه عند عدم احصانه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن لا يحد قاذفه اذا الحد اصل للعان وكان في معنى اللعان قال في شرح الكنز هذا غلط فاحش لان من شرط اللعان ان يكونا من اهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجري بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبيت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان شرط اللعان ان تطالب المراة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها لم يتمكن المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى يمتنع انتهى والحاصل ان المراة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه فانه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت اهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه **قوله** والاصل اي الاصل في اشتراط اهلية الشهادة فيهما واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها ان اللعان شهادات موكدات بالايمان فلذلك اشترطنا اهلية الشهادة فانه قائم مقام حد القذف في حقه ان كان كاذبا اي في قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها ان كان صادقا **قوله** عندنا قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعي اللعان ايمان موكدات بالشهادات وهو الظاهر من اقوال مالك واحمد فمن كان اهلا لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو اهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا وعبدا فهو قول مالك واحمد رض رواية كقولنا وجه قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين الا ترى انه لو قال اشهد ينوي اليمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المفهوم في الشرع عدم قبول شهادة

قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطي عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به

الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فانه معهود في القسامة ولان الشهادة محلها الاثبات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهما بامر واحد فوجب الحمل بحقيقة احدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين فهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه ان يقال ايمان موكدة بالايمان لا ايمان موكدة بالشهادة ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم اثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفي اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون ازواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له اصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازي لها فلو لم يكن هذا كان امكان الحمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وقد وجد صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله فقبول الشهادة لنفسه وتكرار الاداء لا عهد به قلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لايجاب الحكم لا عهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيف ما اراد شرعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له ايضا شرعية ذلك ابتداء ثم هو اقرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل اربعا بدلا عما عجز عنه من اقامة شهود الزنا وهم اربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولهذا ثبت عند عدمها اعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو فغير بعيد ان يشرع عند ضعفها بواسطة تاكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب الشهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما هو الثابت بالايمان هو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بها لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما واما قوله اليمين للنفي الخ فمحله ما اذا وقعت في انكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بامر نفي او اثبات وهذا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على امر واحد يخبر به فان هذا هو حقيقة كونها موكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن احدهما موكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط اهلية الشهادة وعدمها

قوله قائمة مقام حد القذف في حقه اي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا الا يرى انه لو قذف بكلمة او بكلمات اربع زوجات له بالزنا لا يجزيه لعان واحد لهن بل لا بد من ان يلاعن كلا منهن على حدة ولو كن اجنبيات فقذفهن حد حدا واحدا لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة وتعذر اجتماع الكل في كلمة **قوله** ويجب بنفي الولد هذا اعم من كونه منها او ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية اذ نفى نسب ولدها المولود على فراشه لا يقيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره من ابيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه اجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا في شرح الكنز **قوله** ولا يعتبر احتمال الخ جواب عن مقدر تقديره ان النفي ليس بقذف لها بالزنا لاحتمال كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا اجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته الا من هذا الفراش لقيامه فاذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان

ويشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه ولو كان الزوج عبدا

قذفا ما لم ينظر خلافه ولم ينظر بعده وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر من غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبته الى الزنا به ثم شبهه بما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف يعني فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعي ثم قال واجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الذي ولدته من زوجك لا يصير قاذفا ما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعي الا انا تركناه للضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يقربها او عزل عنها عزلا بينا ولا يدري من اين هو يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقرير قوله في الكتاب ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي اجنبي نسبه من ابيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية ثم اورد صورة الاجنبية مقيسا عليه له فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم ينبه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية وقوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرهما وما في كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع لشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي ان يكون كذلك هنا يعني في نفي نسب ولد من زوجته اجيب عنه بانا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بينا ما قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنى بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررنا فانه يستلزمه **قوله** ويشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه اي اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلبه لاحتياجه الى نفي من ليس ولده عنه **قوله** فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وعند الشافعي رحمه الله اذا امتنع حد حد القذف وكذا اذا لاعن فامتنعت منه تحد حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن او تصدقه ويرتفع سبب وجوب لعانهما وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا اكذب كل الآخر فيما ادعاه والاوجه ان سببه القذف فهو لسبب التكاذب فالتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع السبب فهذا اذا اعترف بالقذف ولو انكر فاقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفي الجامع لو مات الشاهدان او غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى بخلاف ما لو عميا او فسقا او ارتدا حيث يلاعن بينهما وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فتحد فهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان قطع النسب انما ثبت حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وجه قول الشافعي رضي الله عنه ان الواجب بالقذف مطلقا الحد لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم الا انه يتمكن من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجة باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفعه به يحد ومثله في المرأة اذا لم تلاعن

او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد
قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان
لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

بعد ما اوجب الزوج عليها اللعان بلعانه فاذا امتنعت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرء عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله
ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الى قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فالواجب شهادة احدهم وقد عرف
ان فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيرا فافاد ان الواجب في قذف النساء اللعان فاما ان يكون ناسخا او مخصصا لعموم ذلك العام
للاجماع على انه ليس بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الحكم الثابت في قذف الزوجات انما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن ايفائه
بل يحبس لايفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه بعد ما ثبت ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام
وهو مخصص اول وللعلم بتاخره على ما روى انه صلعم قال للذي قذف انت باربعة شهداء والا فحد على ظهرك فنزلت آية اللعان
ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحد لجواز كونه الحبس اذ قام الدليل على ان اللعان هو الواجب وجب حمله عليه قيل واعجب
من الشافعي رضي الله عنه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان
عبدا او فاسقا واعجب منه انه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب واسقط به كل من الرجل
والمرأة به الحد عن نفسه واوجب به الرجم الذي هو اغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها بنكولها بامتناعها عن
اللعان قلنا هو ايضا من ذلك العجب كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد ما يثبت مع شبهة مع انه غاية ما يكون بمنزلة
الاقرار مرة ثم ان عنده هذه الشبهة اثرت في منع ايجاب المال مع انه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو اغلظ
الحدود واصعب اثباتا واكثر شروطا وفي كافي الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحد هي وان كان
الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج **قوله** او كافرا صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فاسلمت هي
فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه **قوله** فيصار الى الموجب الاصلي هو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات يعني
الحد ولا تحرير في هذا الكلام الا ان يكون الموجب الاصلي هو الحد في حق العموم وقد جعل له ان يسقط باللعان كما قال الشافعي رحمه الله
واما على ما قررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجوب في قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير اليه فيس لانه مصير
الى غير حكمه بلا دليل نفيه والحق في التقرير ان يقال النص انما نسخ حكم الحد في حق من كان من اهل الشهادة من الازواج لا في كل
زوج لان لفظة الناسخ ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم تقيد ذلك ويبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن
اهلا فيعمل بمقتضاه **قوله** وان كان اي الزوج من اهل الشهادة وهي ليست من اهلها او من اهلها الا انها لا يحد قاذفها بان تكون
قد زنت في عمرها فلا حد ولا لعان وهو ظاهر فيما اذا كانت لا يحد قاذفها اما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا انها ليست من اهل الشهادة
بان تكون عفيفة محدودة في قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من اين يستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها
فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج لم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان اهلا للعان بان كان اهلا للشهادة لم يكن حكم
قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهته لعدم اهلية للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل
الحد لما بينا **قوله** والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم اخرج ابن ماجه في سننه عن ابن عطاء عن ابيه

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا

عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك واخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب واخرجه بالطريق الاول ايضا وقال وتابعه يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو ايضا ضعيف وروي عن الاوزاعي وابن جريج وهما امامان عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم اخرجه كذلك موقوفا ثم اخرجه عن عمار بن مطر عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وانت علمت ان الضعيف اذا تعددت طرقه كانت حجة فهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الامامين اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على ان معنى الحديث المذكور تدل عليه آية اللعان على التقدير الذي ذكرناه من انها شهادات **قوله** ولو كانا محدودين فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين او مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجبه بخلاف قذف المحدودة اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها اجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة والامة اجنبي لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين او مجنونين وعند الشافعي رحمه الله وغيره يلاعن في الكل لان كل من هو من اهل اليمين فهو اهل له الا اذا كان احدهما صغيرا او مجنونا قيل عليه كما ان امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها فكان ينبغي ان تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي ان ينتفي اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد والجواب ان القذف يوجبه بذاته وهو مقتض فيه اللعان ان كان اهلا للشهادة والحد ان لم يكن وعدم اهليتها مانع ولا اعتبار للمانع الا بعد وجود المقتضي لان مفهوم المانعية تقتضي ذلك وحقيقة نسبته الى المقتضي بالمنع ولا وجود لمقتضي اللعان فلا يعتبر المانعية من جهتها للعان والحد انما يسقط بما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ولم يعتبر المسقط المتحقق من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فان قذف الزوج موجب للحد **قوله** وصفة اللعان الخ ظاهر في تعينه كذلك حتى لو اخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعي واحمد رحمهما الله واشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي ان يعتد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج ولا يصح الا بعد شهادته ولهذا يبدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان يمين لا شهادة ويجوز تقديم احد اليمين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب فيقتضيه لزوم الاعادة كقول الشافعي رحمه الله لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد اخطأ السنة ولا يجب اعادته وبه قال مالك رضي الله عنه وهو الوجه لان النص اعقب الرمي بشهادة احدهم وشهادتها الدارئة للحد عنها بقوله تعالى ويدرؤ عنها العذاب والآتي الفاء وغاية على شهادته على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من انه عقب جملة الافعال للقيام الى الصلوة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة **فروع** قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف اجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني ويحد للاول ليسقط اللعان ولو طالبت

لانه اقطع للاحتمال وجه ماذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال **قال** واذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رحمه الله تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فقال له انت بها فهي طالق ثلثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

اللعان او لايلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل ان اتزوجك او قذفتك قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله وما في خزانة الاكمل من انه يلاعن في قوله زنيت قبل ان اتزوجك ويحد في قوله قذفتك قبل ان اتزوجك او حد قذفها ثم زنت او وطيت بشبهة لاحد ولا لعان ويسقط اللعان بردتها ولو اسلمت بعده لايعود ولو قذفها ثم ابانها يسقط اللعان ولو كذب نفسه بعد ذلك لايحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد اللعان **قوله** لانه اقطع للاحتمال لاحتمال ان يصير مرجعا للضمير الغائب هو غيرها بخلاف الخطاب وتقول هي ايضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا فالاولى ان يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التعن **قوله** اذا انضمت اليه الاشارة يعني تنقطع احتمال ضمير الغائب لان المراد ان انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لاالاحتمال معها **قوله** لاتقع الفرقة حتى لو مات احدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر ولو زالت اهلية اللعان في هذه الحالة بما لايرجى زواله بان اكذب نفسه او قذف احدهما انسانا فحد للقذف او وطيت هي وطيا حراما او خرس احدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة او طلقها او آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطيها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلثا ثلثا خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر ومعه الائمة لاينفذ **قوله** بالحديث يشير به الى حديث المتلاعنان لايجتمعان ابدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علة له وسياتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا يستلزم الوقوع الفرقة بمجرد لعانه الزوجية قيل ويبتني على هذا ان لاتلاعن المرأة اصلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروي زفر انما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان احدهما وهذا لان حقيقة حال اشتغالهما باللعان وهو لايدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذر ارادتها واقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول وليس يلازم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انه لاياتلفان بعد اللعن فليس بقطعي في ذلك بل ولا ظاهر بل يجوز حدوث الالفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فات الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان كما فيما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته امره القاضي بالتسريح او التكفير الا ان الظلم هنا لاينتهي بكل من الامرين بل بامر واحد هو الطلاق فينحصر امره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لرفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق عليه السلام بينهما والحق الولد بامه وما اخرجاه ايضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي عنى المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك المتلاعنين الى اخره لكن الصواب ما علمت من ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه ابو داؤد وقال فيه فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لايجتمعان ابدا قال البيهقي قال الشافعي رحمه الله عويمر حين طلقها ثلثا كان جاهلا

وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها لا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان

بان اللعان فرقة فصار كمن شهد التعان في السلف من هو ليس منه شرطا او لم يشرط وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رض تفريق حكم لا الفرقة الزوج وقال الزهري رحمه الله وسهل فكانت سنة المتلاعنين اي الفرقة قال البيهقي رحمه الله والذي يدل على ذلك ما اخرجه ابو داود رضي الله عنه في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة هلال بن امية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من اجل انهما يتفرقان بغير طلاق ولا متوفى عنها واجيب بانه لو وقع الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه صلى الله عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله قال يا رسول الله مالي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها فدل تقريره صلعم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من اجل انهما يتفرقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيه انه محرم حتى تكون ترك الانكار حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات اليه ويجاب بانه يستلزم مفسدة ح لان السكوت يفيد تقريره بانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى المفاسد لانه يفيد تقريره وتوقعه الان فيستلزم فيما فرض عدم طلاقه او تاخيره الطلاق حتى اعترض بموت احدهما او تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي ظن حلها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان دفع بان المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا اذ الفرض بمجرد الفراغ عندنا يامره القاضي ان يطلق وان ابى طلق هو والموت في مثلها اندر نادر قلنا ولو كان لا يجب لانه ترك هو علام من حكم وليس هو مشروعا وايضا فحديث ابن عمر رض فانه قال فيه فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني امضاه وذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع او يقع واحدة ثم هو اولى من حديث ابن عباس رضي الله عنه لانه رفع امضاه صلعم الطلاق وذلك انما يكون بفهم اعتباره ذلك منه عليه السلام **قوله وهو خاطب الخ** يعني اذا اكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد او لم يحد صار خاطبا من الخطاب يحل له تزوجها خلافا لابي يوسف ولو اكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في النهاية ولو اكذب نفسه قبل اللعان تفرقان بطلاقها بل بالاكذاب حد ايضا وان ابانها ثم اكذب نفسه فلا حد ولا لعان لان للعان اثره التفريق بينهما وهو لا يتاتى بعد البينونة اي لحصوله بالابانة ح وهو لا يصح بدون كلمة لا يجب الحد لان قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف اكذاب نفسه بعد اللعان لانه رجوع للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانه نفذ حكمه من اللعان وكذا يحد شهود الزنا اذا رجعوا لتعيينهم نسبته الى الزنا وعلى هذا لو قال يا زانية انت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهي زوجته ثم بانت ولو قال انت طالق ثلاثا يا زانية حد وكما تحل له باكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا اجنبيا بعده فحدت او قذف هو اجنبيا فحد او زنت او ارتد احدهما حتى خرج بذلك احدهما من ان يكون اهلا للشهادة لارتفاع السبب الذي لاجله فرق المتلاعنان وهو على ما قالوا انه كيلا يتكرر اللعان بان يقذفها مرة اخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة في العمر ويخلو القذف عن الموجب في الدنيا فخروج احدهما عن الاهلية يمنع الامن عن ذلك وقال ابو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان ابدا فتثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة فاذا كانت حرمة مؤبدة لا يكون طلاقا بل فسخا ولزم

ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه وصورة اللعان يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الأمرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه لما روي أن النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال

على قول أبي يوسف رحمه الله أن لا يتوقف على تفريق القاضي لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقاً وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما يكون بالظهار لو زالت فإذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب وروى الدارقطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبداً وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح إسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لا يفترقان بمجرد اللعان الثاني فهو حجة على الشافعي على مقتضى رأيه وأخرجه الدارقطني أيضاً موقوفاً على علي وابن مسعود قالا مضت السنة وروى عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود المتلاعنان لا يجتمعان أبداً ورواه ابن أبي شيبة موقوفاً على عمر وابن عمر وابن مسعود أجاب المصنف بقوله ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعني أن الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع وهي القضية المسماة بالمشروطة ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكمه بالإكذاب لنفسه لثبوت النسب إن كان القذف بنفي الولد ولزوم الحد وحكمه بعدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعاً فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فيثبت نقيضه وهو حل الاجتماع وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكماً لما قدمنا من أن إرادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكماً بتقدير أن يراد من وجد بينهما لعان في الخارج وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الإكذاب أو ارتفاع حكمه وقطع اعتباره فالكلام في أنه عند الإكذاب لا يوجب ارتفاعه كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن يبقى النظر في أي الاحتمالين أرجح والظن أن الثاني أسرع إلى الفهم والله أعلم وأما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام انتفاء منا منعه وما ذكره بعضهم من أن سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعوناً أو مغضوباً عليه مما يبعد عن الفقه إذ لا شك في بقاء إسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح **قوله** ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه شرط هذا الحكم بأن يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان حتى لو علقت وهي كافرة أو أمة ثم أعتقت وأسلمت فنفى نسب ولدها لا ينتفي ولا يلاعن لأن انتفاءه إنما يثبت شرعاً حكماً للعان ولا لعان بينهما ولأن نسبه كان ثابتاً على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع والله أعلم وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومن لا يولد له ولد لأنه لا يلحق به الولد وفيه نظر لأن المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يجب اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند أبي يوسف فيها الحد واللعان لأنه يلحقها بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها ولم يلتعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الأجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لأنه لما حد قاذفها حكم بكذبه **قوله** وصورة اللعان أي في القذف بنفي الولد **قوله** لما روي أنه عليه السلام نفى نسب ولد امرأة بلال قيل غلط فإنه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفي ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذي أتت به فإنها حملت من الوطء الذي قذفها به والحديث في البخاري وأبي داود ويختلف ألفاظهما وتتفق عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً فرأى ذلك بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلاً فرأيت بعيني وسمعت بأذني

بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده

فاخبره رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا جاء به واستدل عليه فنزلت والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الآية فسري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت ارجو ذلك من ربي تعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فجاءت فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرهما واخبرهما ان عذاب الآخرة اشد من عذاب الدنيا وقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كان الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني الله عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم قيل لها اشهدي فشهدت اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا افضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وقضى ان لا بيت لها عليه ولا قوت من اجل انهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال عليه السلام ان جاءت به اصيهب اريصح اثيبج حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجاءت به اورق الى آخر الاوصاف الثانية فقال عليه السلام لولا الايمان لكان لي ولها شان قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك اميرا على مصر وما يدعى لاب وهو بغير هذا اللفظ في ابي داود وفي رواية اخرى ساير اليوم لا افضح قومي وفي مسلم والنسائي عن انس ان هلال بن امية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان اخا البراء بن مالك لامه وكان اول رجل لاعن في الاسلام فقال صلى الله عليه وسلم انظروها فان جاءت به ابيض سبطا قضئ العينين فهو لهلال بن امية وان جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فانبئت انها جاءت به اكحل جعدا حمش الساقين فهذا وما قبله يدل على انها كانت حاملا وقطع نسب الولد التي تاتي به وفي سنن النسائي ايضا عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته وكانت حبلى واخرج عبد الرزاق هكذا ايضا وقال زوجها ما قربتها منذ عفار النخل وعفارها انها كانت لا تسقى بعد الآبار بشهرين فقال عليه السلام اللهم بين فجاءت بولد على وجه المكروه وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهدت عويمر بن الحارث العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وانكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرايتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر ثم ولدت فالحق الولد بالمرأة وجاءت به اشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم عليها الا خيرا فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت امه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي وحدثني غير الضحاك بن عثمان ان عويمرا انساق الحديث الى ان قال ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك بن سحماء وشهد عويمر بن الحارث وشريك بن السحماء احدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسب الى امه في قصة هلال لا شريك اليه ايضا في قصة عويمر فيجمع بينهما بانهما واقعتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين ايضا عن ابن عباس في قصة هلال فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عند اهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان

ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا

بينهما كان بعد الوضع وفي ما تقدم خلافه وبذا التعارض **قوله** فيتضمنه القضاء الخ اي ثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق **قوله** وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق الخ اولا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لانه اي التفريق باللعان **قوله** لانه ينفك عنه اي عن نفي الولد كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب الام الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به **قوله** فلا بد من ذكره حتى لو لم يقل لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة رضي الله عنه هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت ولده فيه ولو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الحي الى النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فاكذب الملاعن نفسه ثبت عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس لهما ان الابن يعير بانتفاء نسب امه كابيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها **قوله** فان عاد الزوج فاكذب نفسه اي بعد اللعان ونفي الولد **قوله** وهذا عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد على ما سبق **قوله** وكذلك ان قذف غيره الخ على وزان ما قدمنا في زوال الاهلية بعد اللعان فالقذف بمجرد الزنا **قوله** وكذا اذا زنت فحدت قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا تحل للزوج بل المراد ان تزني تخرج عن الاهلية ولذا اطلقنا فيما قدمناه ومنهم من غلطه بتشديد النون يعني نسبت غيرها الى الزنا وهو معنى القذف فيستقيم ثم توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها ان يكون العقد واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها حد الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال اهلية الشهادة بطريق الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به اذا قضي عنها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبطل اثره من الحرمة **قوله** ولو قذفها وهي صغيرة او مجنونة قذفا مقتصرا فلا لعان فكذا لو اسند القذف وهي ممن يحد قاذفها في الحال بان قال زنيت وانت صبية او مجنونة وجنونها معهود ولم يكن قاذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وانت ذمية او منذ اربعين سنة وعمرها اقل من ذلك فانه يقتصر **قوله** لانه اي اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال حلفت مكان اشهد لا يجوز ولا شهادة للاخرس في الاموال فهنا اولى وكذا اذا كانت خرساء لا لعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال انها تصدقه او لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة **قوله** وفيه خلاف للشافعي ومالك والظاهرية فيلاعن بالاشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته وقالوا ان امامة بنت ابي العاص اصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت اي نعم فرأوا انها وصية قلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فيجوز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جوازه حده بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يندرئ بها بخلاف غيره فانه يثبت معها **قوله** وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال احمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن ابي ليلى وابو ثور رحمهم الله عنه بقولها قال مالك وابو حنيفة رضي الله عنه اولا **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ يعني وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي عن ابي يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي بحديث هلال بن امية انه عليه السلام لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ما يفيد القصة التي ذكرناها **قوله** فيصير كالمعلق كانه قال ان كان في بطنك ولد فهو من الزنا ولو قال له لا يلزمه الحد وكذا ما بمعناه فان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة يظهر انه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق اذ في الحمل موقوف شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه لا بعاقبته فهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات وثبوت الشبهة

وكذا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي ؎ واذا نفى الرجل

ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب هذا

عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة

النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو

قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي

امتنع لعانهما حاملا عندنا لان الحمل وان ترتب عليه احكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفهما بنفي الحمل بل بالزنا قال وجدت شريك بن سحما على بطنها يزني بها وقوله عليه السلام انظروا فان جاءت به كذا الخ ما قدمنا فانظره كان اما لعلمه عليه السلام بحملها من طريق الوحي او لان اللعان تاخر حتى ظهر الحمل وكذا انكر احمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قال ابن الجوزي على ان كون لعانهما كان قبل الوضع معارض بعد ما قدمنا من الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد انه كان بعد وضعها وهو قوله فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر زوجها انه وجده عند اهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل باحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف **قوله** ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه اي على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونها نفخا او ماء وقد اخبرني بعض اهلي عن بعض خواصها انها ظهر لها حبل واستمر الى تسعة اشهر ولم يشككنا فيه حتى هيئت له تهيئة اسباب المولود ثم اصابها طلق وجلست الداية تحتها فلم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد واما توريثه فالوصية به وله ولا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل واما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى واما رد الجارية المبيعة للحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له اسم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بالعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحد والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب **قوله** واذا نفى الرجل الخ حاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق ان لا يقبل التهنئة او لا يسكت عندها وهذا من المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضا وقد اوردناها منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس بدعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه ان يقع اعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولو وقع نفي بعده الا كان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان غائبا على ما سنذكر ثم لم يعين لها مقدارا في ظاهر الرواية وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة رحمه الله تقديرها بثلاثة ايام وروى الحسن عنه سبعة لانها ايام التهنئة وضعفه السرخسي بان نصب المقادير بالراي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها اثر الولادة وكان القياس ان لا يجوز النفي الا على فور الولادة كقول الشافعي في الصحيح الا انا استحسنا جواز تاخيره مدة يقع فيها التأمل لان النفي يحتاج اليه كيلا يقع في نفي ولده او استلحاق غير ولده وكلاهما حرام قال عليه السلام حين نزلت آية الملاعنة ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيمة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه ابو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه عليه السلام من ادعى ابا في الاسلام غير ابيه وهو يعلم انه غير ابيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة اذا طالت لا يجوز النفي فجعل القصيرة مدة النفاس لانها اثر الولادة وكذا احكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلوة والصوم والقربان فكانها فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة اصلا لانها للتأمل والناس مختلفون فيه والاحوال ايضا مختلفة في افادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل احسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله او امن على دعاء المهني او سكوته عندنا او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وقد يقال

ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة حتى قدم تعتبر المدة التي ذكرنا على الاصلين قال واذا ولدت ولدين توأمين فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن فكذا هنا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا

اعتبار مضي ذلك الوقت وما قبله يجوز النفي لم يخرج عن التعيين فيما فيه قوله لا معنى للتعيين اصلا **قوله** وان كان غائبا ما تقدم كان اذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن ابي يوسف ان قدم قبل ان مضي مدة الفصال فله ان ينفيه الى اربعين يوما وان قدم بعدها فليس له ان ينفيه اصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعدما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه الى تمام الاربعين عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وذكر في غير رواية الاصول عن ابي يوسف رحمه الله اذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين الى اربعين يوما من حين بلغه يلاعن معها ويقطع نسبه **قوله** لانهما توأمان هما اللذان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر **قوله** وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وعلى هذا في اولاد ثلاثة اقر بالاول والثالث ونفى الثاني **قوله** والاقرار بالعفة وهو بالضمة الاعتراف بالاول سابق على القذف بنفي الثاني حقيقة فصار كانه قال هي عفيفة ثم قذفها لا يقال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفي الثاني فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني وذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته امر حكمي والحد لا يحتاط في اثباته فكان اعتبار الحقيقي هنا متعينا لا الحكمي هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ **فروع** لو نفاهما فمات احدهما او قتل قبل اللعان لزماه لانه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفي الحي لانه لا يفارقه ويلاعن منهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش ونفي النسب تبع له ان امكن ولا يلاعن عند ابي يوسف رحمه الله لان القذف اوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما اوجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزم الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورة ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفائه لو قال بعد ذلك هما ولداي لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه المصرح بالرجوع ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفى احدهما وذلك نفي للتوأمين فليسا ولديه من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان في امرأة جاءت بثلاثة اولاد فاقر بالاول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه فلو نفى الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولد واحد اذا اقر به ونفاه ثم اقر به يلاعن ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل اقرار بالكل كمن قال يده او رجله مني ثم اعلم ان ولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب والحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكوة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة احدهما للآخر ولا صرف زكوة ماله اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة اخرى لا يجوز للابن ان يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب اذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في اثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الاياس في ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من امه لا ينافيه والله اعلم

باب العنين وغيره لما ذكر احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق عقبها بذكر احكام تتعلق بهما من مرض ليس الى النكاح والعنين

اجله الحاكم سنة فان وصل اليها فبها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت لها في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما

من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل ومن عن اذا عرض لانه ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصد لاسترخائه وجمع العنين عنن ويقال عنين بين التعنين ولا يقال بين العنة ولو كان يصل الى الثيب لا البكر لضعف الآلة او الى بعض النساء دون بعض لسحر او كبر سن فهو عنين بالنسبة الى من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها واما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم انه لا عنة به والا علم انه عنين لو اعتبر علم ذكره فلا يؤجل سنة لان التأجيل ليس الا ليعرف انه عنين على ما قالوا اذ لا فائدة فيه ان اجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لانه حكمه وفي المحيط آلته قصيرة لا يمكن ادخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا كالزر فحكمه كالمجبوب **قوله** اجله الحاكم سنة اي من وقت الخصومة ولا يعتبر تاجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعدما اجله بني المولى على التأجيل الاول **قوله** هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود اما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق ثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين ان يؤجل سنة قال معمر وبلغني ان التأجيل من يوم يخاصم وهكذا اخرجه ابن ابي شيبة ثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليك الحديث ورواه ابن ابي شيبة بسنده ان عمر اجل العنين سنة من يوم رفع زاد في لفظ وقال ان اتاها والا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال ثنا اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب ان امرأة اتته فاخبرته ان زوجها لا يصل اليها فاجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة واما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما ورواه ايضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن ابي شيبة عن المغيرة بن شعبة انه اجل العنين سنة واخرج ابن ابي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة **قوله** ولا بد من مدة معرفة لذلك اي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة او آفة اصلية في اصل الخلقة فقدرناها بالسنة لانها معرفة لذلك فانه ان كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها عن غلبة حرارة او برودة او رطوبة او يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل يوافق احد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو اردى الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه عن احد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه او من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين متضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال **قوله** فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك بآفة اصلية وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة اصلية والسنة ضربت لتعرفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لآفة اصلية في الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وايضا ما له حكم العنين المسحور وقد يمتد السحر ما قد يمتد سنتين ومعنى السنة يفرق بينهما اذا طلبت مع العلم بعدم الآفة الاصلية لتحقق العلم بانه يصل الى غيرها من النساء فالحق ان التفريق منوط بغلبة ظن عدم زواله لزمانة او للاصلية ومضي السنة مع عدم الوصول يوجب لذلك وهو عدم ايفاء حقها فقط باي طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد السنة اجلني يوما لا يجيبها الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت

ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى فعل الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها إن كان خلا بها فإن خلوة العنين صحيحة ويجب العدة لما بينا من قبل

فكان بما ذكرنا يبطل الأجل لأن السنة غاية في إبلاء العذر وقال لبيد لابنتيه حين حضرته الوفاة: تمنى ابنتاي أن يعيش أبوهما * وهل أنا إلا من ربيعة أو مضر * فقوما فقولا بالذي قد علمتما * ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر * إلى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر **قوله** ولا بد من طلبها هذا إذا كانت حرة غير رتقاء فإن كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة وإن كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف رحمه الله لها وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لسيدها وهو فرع مسألة الإذن في العزل وقيل محمد مع أبي يوسف وقد حررت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت لأن ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا للرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنينا ينتظر بلوغه لأن للصبي أثرا في عدم الشهوة قال قاضي خان الغلام الذي بلغ أربع عشرة سنة ولم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه ويؤجل سنة لأن الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة لأنه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما وإلا نصب القاضي عنه خصما ويفرق للحال ولو جاء الولي في المسألتين ببينة على رضاها بالعنة وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فإن نكلت لم يفرق وإلا فرق ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته فأنكره يريه رجلا فإن أمكن علمه بالجس من وراء ثوب لا يكشف عورته وإن لم يتيقن ذلك إلا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة إلى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث يثبت نسبه ويبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لأنه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ألا يرى أنها لو أقرت بعد التفريق أنه كان قد وصل إليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة بعد هذا البحث وهو أن للتفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فإن بثبوت النسب منه ثبت أنه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف إقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به متناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين أو المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى إذا بلغت وإذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعده سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل يخاف مائه ولم يكن لها طلب الفرقة **قوله** وتلك الفرقة تطليقة بائنة وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي وأحمد رضي الله عنه فسخ لأنها من جهتها وقاس الماوردي على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فإنه وجب عليه التسريح بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف فإذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله إليه والقياس على الجب ممنوع لأن الفرقة بسببه أيضا عندنا طلاق **قوله** لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا أي النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لأنه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الإتمام بخلاف ما نحن فيه فرقة بعد التمام فلا يقبله كما لا يقبل الفسخ بالإقالة وقد ذكرنا في رواية أبي حنيفة عن عمر رضي الله عنه أنه جعلها تطليقة بائنة **قوله** ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لأن خلوة العنين صحيحة إذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز أن يمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لأنها رضيت حيث

من إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة
والأصل هو السلامة في الجبلة ثم إن حلف بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه
وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج فإن حلف لا حق لها وإن نكل يؤجل سنة وإن كان مجبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت لأنه لا فائدة
في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطيه مرجو وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر خيرت
لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وإن قلن هي ثيب حلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف لا تخير وإن كانت
ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله ففي الأصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز تأميلها بره
ودفع بأنه احتمال بعيد لأنه إذا لم يبرأ في أكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب **قوله** هذا إذا
هذا الذي ذكرنا من أنها إذا طالبته بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما إذا اعترف الزوج بعدم الوصول إليها في هذا النكاح
وإن تصادقا أنه وصل إليها في نكاح قبله ثم طلقها لأنه إذا وطئها في نكاح ثم أبانها ثم تزوجها ولم يصل إليها لها المطالبة بالفرقة
فإن اختلفا في الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب **قوله** وإن نكل أجل سنة سواء جعل النكول إقرارا
أو بدلا لأنه كأنه أقر بعدم الوصول **قوله** وإن كانت بكرا يعني إذا أنكر وكانت بكرا وقت النكاح لا تستحلف بل ترى النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة من غير احتياج
إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه وقوله فإن قلن خرج على ما هو الأولى من أن تراها امرأتان ثم جعلهما جمعا وإلا فالواحدة العدلة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان أحوط
وطريق معرفة أنها بكر أن يدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج فإن دخلت من غير فسخ فهي ثيب وإلا فبكر أو تكسر وتسكب في فرجها
فإن دخل فثيب وإلا فبكر وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب وإن قلن ثيب ثبتت الثيوبة ولا يثبت وصوله إليها
لأن البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة بأصبعه ونحوه فيحلف أنه وصل إليها فإن حلف
تقرر النكاح وإن نكل أجله سنة ثم فرق إن لم يصل إليها ثم إذا أجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما إذا اختلفا قبل
التأجيل إن كانت بكرا نظرن إليها فإن قلن بكر خيرت للحال بين الإقامة والفرقة وإن قلن ثيب حلف فإن نكل خيرت وإن حلف
استقر النكاح وإن كانت ثيبا في الأصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له وإن حلف استقر النكاح ولو نكل أجل وخيرت
بعده وفي موضع تخييرها يعتبر المجلس كتخيير الزوج فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعوان القاضي ولو كرها لزم
النكاح لأنه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام فإذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها فإن أبى فرق بينهما كذا
ذكره محمد في الأصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج إلى القضاء كخيار المخيرة **قوله** لأنه لا فائدة في التأجيل لأنه لتوقع
الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصي لأن آلته قائمة وإنما سلت خصيتاه أو وجئ الموجئ الذي رض خصيتاه قال لي
بعض أهل الماشية إنه تمرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يجبهما إلى فوق إلى أن يرتفعا إلى ظهره فلا يعودا ويكون نشيطا
كثير الجماع إلا أنه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين **قوله** وإذا أجل العنين سنة فقال الخ قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن
بعد التأجيل بالاختلاف قبله فيعده **فرع** الخنثى إذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فإن وصل إليها
وإلا أجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء أعني المجبوب والخصي والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها
وإن لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة **قوله** هو الصحيح صححه أيضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسي
وقاضي خان وظهير الدين من اعتبار الشمسية وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وبأن ضربت السنة إلا لتوصل إلى
صلاح الطبع ودفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الأول أن الثابت عن الصحابة
كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة فإذا أطلقوا السنة انصرفت

ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي لا يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا وطبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد

الى ذلك ما لم يصيروا الخلافة ثم زيادة الشمسية قيل احد عشر يوما وعن الحلواني الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون كذا رايت في نسخة ورايت في اخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون وربع يوم الا جزءا من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة ايام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليه وكذا قول الراوي عن عمر في المراة التي اتت اليه فاجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يرد الا ما بالاهلة هذا الذي تعرفه العرب واهل الشرع على ان الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي توارد عليه العرفان والله سبحانه اعلم **قوله** ويحتسب بايام الحيض اي يحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة **قوله** ولا تحتسب بمرضه ومرضها هكذا مطلقا وعن ابي يوسف اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه بالليل لا النهار وذلك نصفه وكذا النصف من كل شهر وهذا اصح الروايات عن ابي يوسف وفي رواية ان ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية ان مدة اكثر السنة وفي رواية اكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فان حج او غاب هو احتسب عليه لان العجز جاء بفعله ويمكنه ان يخرجها معه او يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد احرامه فلا يكون عذرا بالخلاف ما اذا حجت هي او غابت لا تحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجيء الى السجن لم تحتسب عليه فان لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم تحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا امهله شهري الكفارة ثم اجله فيتم تاجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التاجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة **قوله** واذا كان بالزوجة عيب الخ الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وابي زياد وابي قلابة وابن ابي ليلى والاوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري واتباعه وفي المبسوط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المراة ولها هي الخيار فيه بعيب من الثلاثة الجنون والجذام والبرص قال الشافعي لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الخيار اذا كانت رتقاء او قرناء ايضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها فيه في ثلاثة وهو قول مالك واحمد وقال الزهري وشريح وابو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن اذا اصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال اجذم ولا اجن ولا مجن وثلثة من اسماء المفعولين من افعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من احزنه الله ومحبوب من احبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزلة المحب المكرم

ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب

والفعل من البرص برص فهو ابرص وهي برصاء واللحم الزائد الالتحام والرتقاء الملتحمة والقرن في الفرج اما غدة غليظة او عظم يمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة اقيسة في بعضها اما النص فما روي انه عليه السلام رد بالعيب قال للتي رأى بكشحها وضحا او بياضا الحقي باهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع انه ينفر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس المعلل وهو المباعدة والفرار فانه جنس الفسخ قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد وجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ النكاح والحديث رواه البخاري تعليقا عن ابي هريرة قال عليه السلام لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب بجامع انها عيوب يفسخ بها البيع فليفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا اما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحقي باهلك من كنايات الطلاق واما الثاني فظاهر غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه ومخالطته بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه واما القياس فمختلف فيه جزء المقتضي او شرطه فان المقتضي للفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري فيه المسامحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لوازمها حتى اجزناه على عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة اصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وانف مائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزل بالبيع لم ينعقد وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز ان يلطف من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات الفروج الفاحشة والبخر الزائد ومن فرع قول محمد ان فيه ذلك فيه يعيل عليها المقصد للوجه الاخير بخلافه هو اذا وجدنا كذلك لانه يتمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق ووجه ودفع قول الزهري ومن معه انتظمه دفع اقيسة الشافعي ومن معه

قوله ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى ان لا يوجب الفسخ ونظر فيه بان النكاح موقت بحياتهما **قوله** وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من وجه على الكمال والمستحق التمكن اي التمكن من الوطئ وهو غير ممتنع لما قلنا **قوله** لانهما مخلان بالمقصود فان قيل جعل في المسئلة قبلها استيفاء الوطئ من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعل المقصد المشروع له النكاح حتى يتخير في الفسخ بالجب وهذا تدافع اجيب بان الوطئ له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصد الذي شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح الرضيعة والآيسة فلو كان المقصد لم يجز النكاح هؤلاء كما لم يجز استيجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا بالفسخ لتمكنه من ازالته

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة إذا كانت بغير طلاق في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها

به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيها إذا كانت به لأنها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره وعلى ما قررناه لا حاجة إلى ذلك بل هو مطل لا يختلف والله تعالى أعلم

باب العدة لما ترتب العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا أوردها عقيب وجود الفرقة من الطلاق والإيلاء والخلع واللعان وأحكام العنين وهي في اللغة الإحصاء عددت الشيء عدة أحصيته إحصاء ويقال أيضا على المعدود وفي الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي أن يزاد أو شبهته بالجر عطفا على النكاح والتربص الانتظار أي انتظار انقضاء المدة بالتزوج وحقيقته ترك لزم شرعا للتزوج والزينة في مدة معينة شرعا ولا شك أن سببها النكاح أو شبهته وزوال ذلك شرط فالإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ولم يخص الزوال بالنكاح ليعم ثم إنهم قالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعي رحمه الله الكف عنها ونبني على ذلك أن العدتين إذا وجبتا من رجلين يتداخلان وتنقضيان بمدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لأنها لزومات وإلا فالتربص فعلها والحرمات أحكام الله تعالى فلا تكون نفسه وعلى هذا إنما قيل في حكمها إنه حرمة نكاح غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح لأن الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزوجه بأختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك أنه معنى كونه هو أيضا في العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج إلى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة غير أن اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصه ثم لزم مما ذكر أن لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه **قوله** إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا وليس هو في بعض النسخ ويشمل الطلاق الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل وهو بناء على أنها فسخ والحق أنه خلاف ابتداء لما تقدم في باب الخلع من النقول ولا دخل لكون الفسخ مؤثرا في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة أقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره خلافا لابن عباس في قوله عدة الملاعنة تسعة أشهر وقوله حرة ممن تحيض يعني ممن تحقق حيضها لم يبلغ الإياس سواء كانت تحيض أو لا حتى لو بلغت ورأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الإياس فتعتد بالأشهر بخلاف ما لو لم تر شيئا أو رأت أقل من ثلاثة أيام فإنها تعتد بالأشهر **قوله** أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق من النكاح الفاسد والوطء بشبهة وقوله فعدتها ثلاثة أقراء مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها مدة في ثلاثة أقراء لأن الحرمات تتعلق في مدة الأقراء فكان الأصل أن ينتصب لأنه ظرف زمان معرب واقع خبرا عن اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتبر فيه الإطلاق المجازي أعني إطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى أن السبب للعدة مأخوذ فيه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا وإنما تركه المصنف لشهرة أن الطلاق قبل الدخول لا يجب فيه العدة قال الله تعالى إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها **قوله** والفرقة إذا كانت الخ لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول إلا الطلاق ألحقه بالجامع وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق للتعرف عن براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق يعني تبادر كل

والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا

من علم بوجوب تركها النكاح الثاني ان تحيض عند الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي ان تجب لغيره ايضا وقد افاد المص فيما سيأتي انها ايضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه وقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الاقراء وقد ينفرد الثاني كما في عدة الآيسة بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يؤسف عليها اذ لا الف ولا مودة فيه **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار وقول الشافعي قول مالك ونقل عن عائشة رض وابن عمر رض وزيد بن ثابت رض وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين رض والعبادلة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري رض وزاد ابو داود والنسائي معبدا الجهني وما ذكرناه انه قول العبادلة بناء على انه ثبت عن ابن عمر رض فتعارض عنه النقل وممن رواه عنه الطحاوي وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة واسند الطحاوي الى قبيصة بن ذويب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فعارض ما روي عن زيد ايضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسن بن حي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وابو عبيد واسحق واليه رجع احمد وقال محمد بن الحسن في موطاه حدثنا عيسى بن ابي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل احق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق منهم انما يصح اذا كانت الحيض لا الاطهار اذا كان طلقها في الحيض فاما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه يبتني قولهم **قوله** اذ هو من الاضداد استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة اهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد وقد وقع لبعض اهل المعقول من مفردات الاشتراك كون المفهومين متضادين اما على طريقة اهل الادب فيجوز لغرض تمليح او تهكم كما تفاءل للجبان اسد او تفاؤل كالبصير على الاعمى الا انها بمعزل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها واما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وان العلم انما الخلاف في تعيين المراد من لفظ قروء فلا حاجة الى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل المص وهو محل النزاع ولما استدل عليه تبعا للمتقدمين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان احسن لا يقال استدلاله على انه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد الاشتراك لفظا لجواز التواطؤ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد لانا نقول انا وافقنا على انه اي المشترك على نفي تعميمه انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز ان يراد كل من الحيض والطهر في عدة بمعنى ثلاثة اطهار وثلاث حيض تماما يمتنع اذا اريد تحقيقهما في زمن احدهما **قوله** فالحمل على الحيض اولى ادعى الحنفية في محل الخلاف واقتصر على دليل الغيبة كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي يجمع على قروء واما بمعنى الحيض فانما يجمع على اقراء دعوى لا دليل عليها وكونه وقع في شعر الاعشى كذلك حيث قال ۔ افي كل عام انت جاشم غزوة ۔ تشد لاقصاها عزيم عزاكا ۔ مورثة مالا وفي الحي رفعة ۔ لما ضاع فيها من قروء نسائكا ۔ اي من اطهارهن لتشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم دعي الصلاة ايام اقرائك لا يوجبه فقد روى ابو داود والنسائي قوله عليه السلام لفاطمة بنت ابي حبيش فانظري اذا اتاك قرؤك فلا تصلي فاذا مر قرؤك فتطهري وصلي وقال الراجز ۔ يا رب ذي ضغن وضب

او لان معرفة براءة الرحم وهو المقصود ولقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به

فانه من قروء كقرء الحائض اى يريد كحيض الحائض فان المعنى ان عادته تجتمع فتهيج كعدم الحائض على انه قد قيل في بيت الاعشى
ان المراد نفس الزمان اى زمان الطهر فان القرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها
ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء فتلك العدة التي امر الله ان يطلق بها النساء يعني بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح
لانه بناء على ان اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ليستلزم تقدم العدة على الطلاق او مقارنتها له لاقتضائه وقوعه في
وقت العدة وقراءة قبل عدتهن في صحيح مسلم تنفيه اذ افادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية
يقال في التاريخ باجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه ويؤيده ما قال الطحاوي ان النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب
ابن عمر ان الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا على ما بيناه عنه في خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا وتمسكهم بتانيث العدد في قوله تعالى
ثلاثة قروء وهو يقتضي تذكير المعدود وما الطهر هو المذكر لا الحيض فلو اريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشيء لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر
كالبر والحنطة ولا تانيث حقيقي يؤنث عدده اذا اضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا اضيف الى المؤنث وفي العربية اذا كان المعدود
مونثا واللفظ مذكرا وبالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنث وهو الحيضة فحين اضيف الى المذكر
انث وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده ثم ذكر المص في الترجيح ثلاثة اوجه الاول قوله عملا بلفظ الجمع
الى العدد فانه ينقطع جمع معنى لا صيغة او يريد الجمع الصيغي المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكميته اعني لفظ قروء المقيدة بثلاثة فانه منقطع عنه
احتمالا ان يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي اللازمة من حمله على
الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع في الطهر والا لزم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال يحتسب بالطهر الذي
وقع فيه وهو نقص على التقدير القطعي الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة
فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين
وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقة اصلا لا يقال قد اريد بالعدد غير كمية المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول
لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير واين هذا من ان يراد بسبعين مثلا ثمانون او مائة الثاني قوله ولانه اي الحيض هو المعرف
بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد لم
تحض عادة وكذا نص عليه السلام على ان مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا حتى يستبرئن بحيضة ولم يقل بطهر الثالث قوله عليه السلام
طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان تقدم في كتاب الطلاق تخريجه واسند الشافعي ثنا سفيان بن عيينة عن محمد عبد الرحمن مولى
ابي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر قال ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض
فشهرين او شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطني والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلحق قوله تعالى ثلاثة قروء للاجمال
الكائن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة اشهر اذ لا
شك في ان الاعتداد بالاقراء اصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه تعالى المصير اليه بعدم الحيض دل على ان

وإن كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية

هو المراد بالأقراء في الآية وكونه يعدم الطهر لعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض إنما هو لعدم الطهر احتمال لا يقابل الظهور إذ الظاهر تعليق المصير
إلى الخلف بعدم عين ما شرع أصلا لا بعدم شيء آخر يستلزمه فكان الأصل أن يقال واللائي يئسن من القرء فلما جاء يعني قال تعالى بلفظ الحيض مكانه
وهو مشترك علم أنه لإفادة أنه هو (فرع) تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطئها وهي معتدة عالما بحرمتها بخلاف
ما لو ادعى الشبهة أو كان منكرا طلاقها فإنها تستقبل العدة وإذا كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة
هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل نكاح أختها **قوله** وإن كانت لا تحيض لصغر بأن لم تبلغ بسن الحيض
على الخلاف فيه وأقله تسع على المختار أو كبر بأن بلغت سن الإياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القرء قالوا قد علمنا عدة التي تحيض فالتي لا تحيض ما
عدتها فأنزل الله تعالى هذه الآية والمعنى إن ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فإنها ثلاثة أشهر وقيل إن ارتبتم في الدم الذي
تراه من بلغت سن الإياس هو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر ثم قال المص وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعني قوله تعالى
واللائي لم يحضن يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بأن بلغت خمسة عشر سنة على قولهما وسبعة عشر سنة على قول أبي حنيفة ومالك
ولم تحض إذا طلقت تعتد بالأشهر أيضا ثم إن وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بالأشهر الهلالية اتفاقا وإن وقع في أثناء الشهر اعتبر
كلها بالأيام فلا تنقضي إلا بتسعين يوما عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الأول ثلاثين من الشهر الأخير والشهران المتوسطان بالأهلة والله
أعلم ثم لا يخفى ما في كلام المص من عدم التحرير فإنه جمع بين التي لا تحيض لصغر أو كبر في الاعتداد بثلاثة أشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى
واللائي يئسن الآية ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى أن آخرها أعني
قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتي لم تحض لصغر كما أنه هو المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل
أن من كان طهرها أصليا فعدتها بالأشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وإن استمرت لا تحيض إلى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر وهي مرافعة أو لم
تبلغ إلى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه أنه تسع أو سبع والأول أصح وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل أنها إذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها
بالأشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا فإن ظهر حبلها اعتدت بالوضع وإن لم يظهر فبالأشهر وينبغي على هذا أن تحتسب
بالأشهر التي وقفت ليظهر حبلها إذا لم يظهر فإنه ظهر بعدم الحبل أن تلك الأشهر كانت هي العدة وغاية الأمر أنها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت
ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في أثناء الأشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض هذا وممن ذكر أنه تعتد بالأشهر المستحاضة التي نسيت
عادتها وهو ما بلغني فيقال مطلقة شابة ترى الصحيح حيضا من كل شهر وعدتها الأشهر لكن في التحقيق ليس عدتها إلا بالحيض لكن لما نسيت
عادتها جاز كونها أول كل شهر وآخره فإذا قدرت بثلاثة أشهر انها حاضت ثلاث حيض بيقين بخلاف التي لم تنس فإنها تتوالى أيام عادتها
فجاز كون عادتها أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث واعلم أن إطلاقهم الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح
إلا فيما إذا طلقها أول الشهر أما لو طلقها بعدما مضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبغي أن يعتبر ثلاثة أشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت
مستحاضة مثل المستحاضة التي خلت عادتها ثلاثة أشهر ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لأنها غير مخاطبة بل يقولون تعتد

وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجزئ فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف

وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى ان القائل الاول قوله مبني على انها من الاحكام الوضعية اعني الواجب فان قلت فعلى تقدير كونها مضي المدة اليس ان فيها يجب ان لا تتزوج فلا بد من ان يتعلق خطاب نهي التزوج بالولي فجعلها العدة كما قال شمس الائمة لا يستلزم انحصار قول الاول بخطاب الولي بان لا يزوجها فالجواب بالمنع فانا اذا قلنا انها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا الخطاب بحكم وضع الشارع عدم الصحة نوعا فسقط قوله وان كانت حاملا يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وان كانت امة والطلق قبلها ولا كل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول بها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف بالحيض في رواية عنه وسنبين في مسئلة الصغير وفي المنتقى اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين او من قبل الراس سوى الراس انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها ان تضع حملها والمتوفى عنها اذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور قوله وان كانت اي المطلقة امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان لان الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزى فكملت وثبوت الزيادة ضرورة التكميل واجب لان فيه تحقيق الواجب على تقدم الغاء وقوله اشار اليه عمر اي الى ان تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت الخ اخرج عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن عمرو بن دينار انه سمع عمرو بن اوس الثقفي يقول اخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب يقول لو استطعت ان اجعلها حيضة ونصفا لفعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده وابن ابي شيبة في مصنفه ثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار ثنا في سند عبد الرزاق ويشبه ان يكون سكوت عمر لعدم الالتفات الى قوله لانه كان يتكلم في ذات الاقراء والعدة بالاشهر لا تكون الا لمن ليس منها فمشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور واما اذا كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها شهر ونصف لانه متجزئ فامكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة وام الولد في الطلاق والفسخ كالامة قوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام سواء كانت مدخولا بها او لا مسلمة او كتابية تحت مسلم صغيرة او كبيرة او آيسة وزوجها حر او عبد حاضت في هذه المدة او لم تحض ولم يظهر حبلها وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ورخصة الاربعة الاشهر والعشرة الايام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا الآية والجمهور على نسخها بآية الاشهر اعني ما كان من وجوب الايصاء والانفاق الى الحول وقال الاوزاعي اربعة اشهر وعشر ليال فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز لنا من تذكير العدد واعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة الا على زوج اربعة اشهر وعشرا فيجب كون المعدود الليالي والا لانثه قلت الاستعمال في مثله من ذكر عدد الليالي يدخل ما بازائها من الايام على ما عرف في التاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال لسبع خلون مثلا ويراد كون عدة الايام كذلك وان كانت امة فشهران وخمسة ايام على وزان ما تقدم ثم ابتداء المدة من الموت وعن علي رض من وقت علمها حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت اربعة اشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور وعنده رض لا تنقضي حتى تمر عليها من حين علمت لان عليها الاحداد ولا يمكنها اقامته الا بالعلم قلنا فغاية ان يكون كالتي ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا عن العدة على ان المقصود الاصلي منها عدم التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سنذكر ووجوبها

اليقان

وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

على الكتابية تحت المسلم لوجوبه **قوله** وان كانت اي المتوفى عنها حاملا فعدتها ان تضع حرة او امة او مسلمة او كتابية والمتاركة في النكاح الفاسد والوطى بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وكان علي رضي الله عنه يقول لا بد من الوضع والاربعة اشهر وعشر وهو قول ابن عباس لان هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يوجبها عليها فيجمع احتياطا وفي موطا مالك عن سليمان بن يسار ان عبد الله بن عباس رضي الله عنه وابا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال ابو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت فقال ابن عباس آخر الاجلين فقال ابو هريرة انا مع ابن اخي يعني ابا سلمة فارسلوا كريبا مولى ابن عباس رضي الله عنه الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فاخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت وفي الترمذي انها وضعت بعد وفاته بثلث وعشرين او خمسة وعشرين يوما واخرج البخاري عن ابن مسعود قال اتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء وبالطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا فقالوا بهلة الله على الظالم منا وقيل هي مشروعة في زماننا وقدوره بلفظ الملاعنة اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة بلفظ من شاء لاعنته لانزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة اشهر وعشرا واخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته واسند عبد الله بن احمد بن حنبل في مسند ابيه عن ابي بن كعب قلت للنبي صلى الله عليه وسلم واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن المطلقة ثلاثا او المتوفى عنها زوجها فقال هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها وفيه المثنى بن صباح وهو متروك وقول عمر رواه في الموطا عن نافع عن ابن عمر انه سئل عن المرأة التي يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال اذا وضعت حملها فقد حلت فاخبره رجل من الانصار ان عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد لحلت وفيه رجل مجهول وفي الصحيحين من حديث عمر بن عبد الله بن الارقم انه دخل على سبيعة بنت الحارث الاسلمية فسألها عن حديثها فاخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر بن لؤي وكان ممن شهد بدرا فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب ان وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها ابو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال لي اراك متجملة لعلك ترجين النكاح والله ما انت بناكحة حتى تمر عليك اربعة اشهر وعشر قالت فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين امسيت فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فافتاني اني قد حللت حين وضعت حملي وامرني بالتزويج ان بدا لي ولما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضي العدة الا بوضع الكل فلو وضعت ولدا وفي بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها افتاني اني قد حللت حين وضعت يرد قول من قال من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها كانهم اخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحي من شئت رتب الاحلال على التعلي فيترا اي توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من المدة ظهر فساد النكاح ويلحق بالميت **قوله** واذا ورثت المطلقة في المرض يتعلق بالمطلقة اي ورثت التي طلقت في المرض بان طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا ومات وهي في العدة فعدتها ابعد الاجلين اي الابعد من اربعة اشهر وعشر وثلث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلث حيض ولم تستكمل اربعة اشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت اربعة اشهر وعشر ولم تحض لها ثلث حيض بان امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي وان مكثت سنين ما لم تدخل سن الاياس

لابي يوسف رح ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح في الوفاة الا انه بقي
في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا
فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت
الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر وان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام
النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة او الموت

فتعتد بالاشهر اذا عرفت هذا فمن فروع ابعد الاجلين انها تعتد باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض حتى لو لم تنقض الا اذا كانت الاربعة
اشهر وعشر ابعد من الثلث حيض وحقيقة الحال انه لابد ان تتربص ابعد الاجلين وهذا الحكم ثابت في صور احداها هذه والثانية اذا قال لزوجتيه
او زوجاته احداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بابعد الاجلين ولو بين في احدهما كان ابتداء العدة من وقت
البيان والثالثة ام الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدر ايهما مات اولا وعلم ان بينهما شهرين وخمسة ايام فصاعدا وسنفصلها ان شاء
الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة او ثلثا اما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه او في صحته وهي
في عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفاة وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث
بالاتفاق **قوله** لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلث حيض كاملة وانما تلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت
وليس فليس وانما بقي في حق الارث لاجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم لسبب ولا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعي
لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فتجب عدة الوفاة فيه **قوله** فيجمع بينهما اي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانه
انقطع بالطلاق حقيقة وبالموت حكما اما الاول فظاهر من المسئلة انه ابانها قبل الموت فباعتباره تجب عدة الطلاق واما الثاني فلاعتبار
قيام النكاح عند الموت فان توريثها يستلزم ذلك ولانه ملزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم من توريثها الاعتداد بعدة
الوفاة فيجب عدة الوفاة لكن يقتضي قول ابي يوسف ان اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم ان يبقى في حق العدة وجوابه ان الارث
لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقي النكاح شرعا في حق الارث فلان يبقى في حق العدة اولى مع ان الاصل ان الشيء
انما يثبت بلوازمه وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا **قوله** ولو قتل على ردته الخ جواب عن مقيس عليه مقدر لابي يوسف وهو انه لو ارتد
زوج المسلمة ثم مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا
هنا زواله بالطلاق لا بالموت فلا تجب عدة الموت فاجاب بمنع حكم الاصل اولا فقال الاختلاف فيه ايضا لا يلزمها عدة الوفاة بل يلزمها على اعتبار
الكرخي وما ذكرت مذهبك فهو مبني الخلاف فيلزمها الجمع بين العدتين والصحيح به الالزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض اتفاقي
فالفرق ان توريثها وهو الحكم الثابت ليفيد انه لم يعتبر النكاح شرعا قائما الى الموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذ لا ترث المسلمة الكافر
فلزم العلم باعتبار استناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبارا للردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان غير انه زال
الاسلام وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة **قوله** واذا اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت
عدتها الى عدة الحرائر فتكمل ثلث حيض لقيام النكاح من كل وجه اي بعد الطلاق الرجعي فلما اعتقت والحال قيامه من كل وجه يكمل
ملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلث حيض كذا في الكافي ووضع في شرح الكنز لفظ الطلاق
مكان لفظ العدة فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى ان الطلاق لم يحدث في ملك الكامل بل طرأ كمال الملك
بعده بالعتق اللهم الا ان يجعل لبقائه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت اجماعية لكن هي خلافية وبقولنا قال الشافعي رح في الاظهر واحمد
واسحاق والحسن والشعبي والضحاك وقال مالك وابو ثور لا يكمل عدتها في الرجعي والبائن وعن الزهري وعطاء وقتادة تكمل في الرجعي

وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها

اعتبارا لبقائه كابتدائه وجه قول مالك ان مجرد الطلاق لم يثبت عدة الاماء وشرطها وهو ورود الطلاق على امة عقيب نكاح متأكد فلو
وجبت عدة الحرائر كان سعيا على خلاف مقتضى السبب وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة في كمية مخصوصة فالنكاح سبب العدة
عدة الطلاق فقط لا يفيد كمية خاصة انه لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية بل هي متعلق الشرع تعرفا وتابعا وتقدير الكمية لحكمة اخرى سنذكرها
عدة النكاح الفاسد فسلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهي اربعة صورتها
امة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت في اثنائها انتقلت الى حيضتين فلو اعتقت قبل مضيهما صارت ثلث حيض
فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى اربعة اشهر وعشر **قوله** وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور يمكن كون كان تامة يعني اذا وجدت
امرأة آيسة فاعتدت بالشهور **قوله** ثم رأت الدم بعد انقضاء الاشهر او في خلالها انتقض ما مضى من عدتها وظهر فساد نكاحها الكائن
بعد تلك العدة حتى لو كانت نكحت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها هذا جوابه ويندرج في اطلاق الانتقاض وهو لازم التعليل
الذي ذكره في الكتاب بقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا بان شرط الخلفية اي الخلفية للاعتداد بالاشهر
هنا بالحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالقدرة
في حق الشيخ الفاني فاذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا ان هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وليس
هو بلازم بمجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه حينئذ ظاهر في انه ذلك المعتاد وهو لوقته
يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بان تراه سائلا كثيرا احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيده ايضا بان يكون احمر او اسود فلو
اصفر او اخضر او تربية لا يكون حيضا ومنهم من لم تتعرض فيه فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها اذا كانت عادتها
قبل الاياس صفرة فرأته كذلك او علقة فرأته كذلك كان حيضا فتظهر عدم انقضاء العدة بالاشهر ثم اطلق المصنف انتقاض العدة والاستيناف فاقتضى ثبوت
ذلك سواء قلنا بتقدير الاياس بمدة او لا وذكر في المحيط ان في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه واياسها على هذه ان تبلغ
من السن ما لا تحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك ما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل
الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي
رواية مقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن وعليه اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الروميات بخمس
وخمسين سنة وفي غيرهن بستين وعنه بسبعين وقال الصفار وقال ابو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم تقدير ستين سنة ولو كانت
عادة امها واخواتها الانقطاع قبل ستين تأخذ بعادتهن ومنهم من يقدر بتسعين الى اقصاها ومن قال الانقطاع فاذا رأت الدم بعد ذلك فلا يكون حيضا كالدم الذي تراه
الصغيرة التي لا تحيض مثلها وهذه العبارة تفيد انه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس وكذا العبارة القائلة اذا بلغت المقدر يعني
وانقطع حيضها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا انما تقتضي ان عند بلوغ المقدر وعدم الانقطاع يحكم به شرعا وقيل يكون
حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين كان باجتهاد اذ لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص
فاذا بانه متعد وجد النص بخلاف الاجتهاد ويبطل كذا نقل بعضهم وهو يفيد كون الخلاف انما هو على رواية التقدير واما على رواية

بيشل الاياس هو انقطاعه قطرانه لم يكن مختلفا بعد ان شرط الخلفية تحقق الياس في بل ما سن تامة اخر الملك كالنذرية تحقق شرح العدال

عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير ولو اعتدت بالاشهر
ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين في بعض العبارات يفيدان عدم الانتقاض اذا حكم القاضي بالاياس بعد الانتقاض
بعدم حكمه وفي الخلاصة نقل من نوادر الصلوة عن محمد في العجوز الكبيرة اذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض ثم فصل وقال اين ما قلنا انها
محمول على ما اذا لم يحكم باياسها اما اذا انقطع وحكم باياسها وهي ابنة سبعين سنة ونحوه فرأت لا يكون حيضا وقال بعده بخطوط وطريق
القضاء ان يدعي احد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان
الصدر الشهيد يفتي بانها لو رأت بعد ذلك ما يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاشهر وان كانت
رأته بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الانكحة سواء قضى القاضي بجوازه او لم يقض ثم ذكر الخلاف مركبا مبنيا على ما نقله من
مجموع النوازل الآيسة اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ الا اذا قضى القاضي بجواز النكاح
ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفي المستقبل تعتد بالحيض انتهى فتحصل
في المسألة اقوال على التقدير وعدمه وهي تنتقض اذا رأته قبل انقضاء الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قبل تمام مدة الاياس
او لا حكم بالاياس او لا وهو ظاهر مختار المص من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا تنتقض كذلك اذا رأته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها
فلا يبطل فلا تنتقض الانكحة وقضى بالاياس او لا وهو قول الشهيد تنتقض ان لم يكن قضى اياسها كما قلنا لا تنتقض ان كان حكم باياسها وهو
ان يدعي فساد النكاح فيقضي بصحته وبانقضاء العدة وينتقض ان لم يكن حكم بالاياس والقول المصحح في النوازل انتقض في المستقبل
فلا تعتد الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المص هو الصحيح احتراز عن كل قول يخالف
اطلاق الانتقاض مطلقا كان او مفصلا مبني مختاره على اشتراط تحقق الاياس لخلفية الاشهر بالنص وان تحقق الياس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات ولا شك
في الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا اعلم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ الياس او يقتضي ذلك ولا شك
ان الياس من مقولة الادراك فانه ليس لاعتقاد ان الشيء لا يقع ابدا اما انه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود
خلاف متعلقه فلا وكذا قد يتحقق الياس من الشيء ثم يوجد وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت آيسة من كذا ثم وجدته فانما يستدعي
سببا له وكونه بان ينعدم الحيض ويمتد وينتفي محال وجوده في باب العمر الكبر السن كاف فيه وعلى هذا اذا رأته بعد الاياس
لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر لوقوعه معتبر الوجود شرطه ويبقى النظر بعد ذلك في انه هل ينقض فيما
يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صحح في مجموع النوازل او لا ينتقض فيما يستقبل ايضا كقول الصفار وغيره وهو مبني على
النظر فيما ترجح في هذا المرئي بعد الاياس هو حيض ام دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالاياس وعدمه اذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات
في المستقبل والوجه يقتضي الخلاف في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع في
سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون وبعدم مخايل كونه امتدادا للطهر ولا يجري في المستقبل الا الحيض لتحقق
الدم المعتاد وخارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الياس تحقق حكمه

عليه

ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض

وإذا تحقق الإياس تحقق حكمه والله سبحانه أعلم وأما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الإياس إذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعا والمسئلة نصية لا قياسية نص يقال على تعليق الاعتداد بالأشهر عند الإياس فقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الإياس فثبت الاعتداد بالأقراء بالنص **قوله** ولو حاضت حيضتين ثم أيست بأن بلغت سن الإياس عقيب الحيضتين أو انقطع عنها في سن لم تحض فيه أمهاتها وأخواتها على ما ذكر الفقيه وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور أنها تستأنف العدة بالشهور وأورد عليه أن المتوضئ إذا سبقه الحدث في الصلوة ولا ماء يتيمم ويبني وكذا لو صلى أول صلوته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالإيماء وهما بدلان أجيب بالمنع فليس الصلوة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع أن يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد وليست هنا كذلك بل رفع الحدث الأول بالماء ورفع الثاني بالتراب ولا الإيماء خلف عن الأركان لأنه موجود فيها وزيادة ولكن يسقط عن بعض ما لا يقدر عليه لعذر ويبقى البعض على حاله وبعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فإنما تكون الخلفية لشيء آخر **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير بلا علم للزوج الثاني بأنها متزوجة فإن كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لأنه زنى وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها وبه يفتى كذا في الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة رح خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتي زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه إذا ادعى الاشتباه **قوله** عدتهما الحيض في الفرقة الكائنة بتفريق القاضي أو عزم الواطئ على ترك وطئها والموت أي موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ومطلق اسم الزوج إنما يقع على المتزوج بنكاح صحيح والعدة في حقها للتعريف لا لإظهار خطر النكاح بإظهار التأسف على زواله غير أن الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح ولذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء وإنما وجبت في النكاح الصحيح ثلاثا لأن المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوزه المجتهد فيه وخروج الدم استحاضة فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به أو استحاضة معه عندنا وغاية الأمر أنه مخالف للعادة بخلاف ما إذا تكرر في الأشهر فإنه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة إلى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فإنه لم يتمحض له ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة التعبد **قوله** وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض فإن لم تحض فثلاثة أشهر يعني إذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته فإن كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الأول وفي الثاني والثالث لا تجب عليها عدة المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدرى أيهما أول فإما أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كأنما كان ذلك من يوم إلى شهرين وأربعة أيام أو يعلم أنه شهران وخمسة أيام فصاعدا أو لا يعلم كم بينهما ففي الأول تعتد بأربعة أشهر وعشرة لأنه إن كان موت المولى أولا فلا عدة منه لأنها ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لأربعة أشهر وعشر وإن كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ثم

وقال الشافعي رح حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح

موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا التغيير بالاشهر لانها تختص بالفرقة الرجعي فتيقنا بعدم وجوب
العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها اربعة اشهر وعشرا او شهرين وخمسة ايام فوجب الاحتياط فلزمها اربعة اشهر وعشر
وفي الثاني تجب ان تعتد بابعد الاجلين يعني تجمع بين اربعة اشهر وعشر وثلث حيض لان السيد ان كان مات اولا ثم مات الزوج
لزمها اربعة اشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات اولا فعدتها شهران وخمسة ايام ثم موت السيد بعدها يوجب عليها عدة ثلث
حيض لانها بعد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها اربعة اشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة ايام وثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط ان تعتد
باكثر ما يلزمها وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه وعند ابي حنيفة تعتد باربعة اشهر وعشر
فقط لاحتمال ان الزوج هو المتاخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو زوال فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون
بعد ظهور السبب لانه العمل باقوى الدليلين ولا يخفى انه مشترك الالزام **قوله** وقال الشافعي حيضة واحدة وهو قول مالك واحمد
وقولهم قول ابن عمر وعائشة رض وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والاوزاعي واسحق انها تعتد باربعة
اشهر وعشر وقولنا قول عمر وعلي رض وابن مسعود رض وعطاء والنخعي والثوري وعند الظاهرية لا استبراء على ام الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم
تكن حاملا وهذا ابناء على عدم اعتبارهم القياس الا القياس الجلي وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة
قياسية ولا شك انه تحقق بموت المولى وعتقه كل من امرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على الاول بجامع انه تربص
يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلث حيض كالتربص في الطلاق وهذا
ارجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر اوجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب
الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعدية حكم الاصل
وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لا انه مقتضاه فان اثر العلة فيه وفي كل قياس انما هو في
تعديته حكم الاصل لا في غيره نفيا ولا اثباتا ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد
على الحيضة بمقتضى القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت
بين كل قياسين اذا لم يكن موجب احدهما بعض موجب الآخر ويثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض
لغير حكم الاصل نفيا ولا اثباتا فاذا كان في الفرع جامعان يلزم احدهما ان يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اقتضاء
احدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا ان يجوز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي ح مقتضاه وفيه كلام في
الاصول منهم من اجازه بشرط كون العلة امرا عدميا فانهم يتفقون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيئا وما وقع في الفقه مما ظاهره التعليل به كقول
محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اعتبر
مثبتا به الخمس الا ذاك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس اي يبقى على عدمه الاصلي لا انه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما اذا كان موجب
احدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين يتظافران على اثبات ذلك البعض وينفرد احدهما باثبات امر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر

ثم اما ما نافيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه

قوله وانما نافيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه روى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير ان عمرو بن العاص امر ام الولد اذا اعتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب الى عمر رضي الله عنه فكتب بحسن رأيه فاما انه قال في الوفاة كذلك والله اعلم وليس يلزم من كونه ثلث حيض في العتق من شخص **قوله** يعني الوفاة الا يرى الى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة ام الولد المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع وهو عندنا غير ضائر اذ كان قبيصة ثقة وقد اخرج ابن ابي شيبة عن الحارث عن علي وعبد الله قالا ثلث حيض اذا مات عنها يعني ام الولد واخرجه عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحارث ضعيف الا ان غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله والتحقيق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا **قوله** واذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل احتراز عما اذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرفة ذلك ان تضع لاقل من ستة اشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان وضعته لستة اشهر من موته فاكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل باربعة اشهر وعشر اتفاقا فانه قبل المحكوم بحدوثه ان تلد لاكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين او بسنتين كما في البيان لا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة الى تاخير الحكم بالحدوث الى السنتين **قوله** وقال ابو يوسف رحمه الله عدتها اربعة اشهر وعشر وهذه رواية عن ابي يوسف اذ لم يحك في الظاهر خلاف ولم يذكر محمد خلافا مع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام فهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فانما هي رواية عنه ولذا قال شمس الائمة وعن ابي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي انتهى فاذا قال ابو يوسف في المطلقة جاءت بولد لاكثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منتفي النسب محكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانما هي رواية شاذة وهو قول مالك واحمد ورواية عن ابي حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق اما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه الا اذا لم يكن بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فاتت بولد غير سقط لاقل من ستة اشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنا لا يعلم الحالة ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعنده لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند ابي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم يصح لكن يجب من الوطء فيه العدة فانه بشبهة فيقع الخلاف في انها بالوضع او بالاشهر وحاصل تمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير بجامع منفي النسب فلا يعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين كونه منه او من غيره ولانها اي عدة الوفاة في حق الحامل وقت الموت مقدرة بوضع الحمل في اولات الاحمال لا للتعرف فراغ الرحم لشرعها اي شرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح بهذا المعنى وهو قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه كما يتحقق في الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه منع قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا للحظرة متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ودليل

بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها

الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم

مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة

بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وهذا عندنا

وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم

وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة

تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء

الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ما ذكره من صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي

ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث

بعد موت الصبي ونحن منعنا علية فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لقضاء حق النكاح ممنوع بل الا لاستبراء وليثبت

الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد احدهما وقد يجتمعان بل الاولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقة

للقضاء فانه اذا ثبت الا امر للاعم ثبت لكل خصوصياته فثبت كونها بوضع الحمل للنفي ايضا واعلم ان قول ابي حنيفة ومحمد في المسئلة التي تعتد

بها قول ابي يوسف اعني المطلقة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضي من سنة اشهر على الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها

اضافة للحادث وهو الحمل الحادث لاقرب زمانه **قوله** بخلاف الحمل الحادث شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف

والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا لحصص بالعقل للعلم بان حال الموت

حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من ان تثبت العدة اذ ذاك والفرض ان لا حمل ح ليثبت بالوضع وعدمه فكان اعتبار

قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع او بالاشهر من ضروريات العقد بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والغرض ان العدة تثبت لا تتوقف

فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال حالة الفرقة **قوله** ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها حبل بعد موته بان جاءت

به لاقل من سنتين مع حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر واجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه

محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك مستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمي والواقعي الا ان يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت

حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى تيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التامل لا معنى للايراد والجواب عنه بما ذكرا اصلا **قوله** ولا يثبت

نسب الولد في الوجهين اي في الحادث بعد الموت وغيره لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق **قوله** والنكاح يقوم مقامه اي مقام العلوق

في موضع التصور لان الشيء انما يقدر تقديرا اذا امكن تصوره تحقيقا **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تحتسب بالحيضة التي

وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل لانه مسمى الاسم في ثلثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان **قوله** واذا وطئت المعتدة

بشبهة من اجنبي او من الزوج ووافق الشافعي في احد قوليه فيما اذا كان الواطي المطلق والوطي بشبهة يتحقق بصورتها التي زفت الى غير زوجها

والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر او في العدة اذا قال ظننت انها تحل لي والتي طلقها بالكناية ثم وطيها

في العدة او كانت في عدة او وطيها آخر بشبهة او في عصمة فوطيها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو

قول مالك وعندهم قول الشافعي واحمد وما في الغاية من ان الشبهة في المطلقة بالطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب في الوطي

وان قال ظننت انها تحل لي واذا لم يثبت النسب لا يجب به العدة سيأتي موضعه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل

المرئي عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الاولى فعليها حيضتان تمامها ويحتسب بهما من عدة الثاني وللآخر ان يخطبها اذا انقضت

عدتها من الاول لانها في عدة ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها اذا شاء ثم لم يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر

وان طلقها بائنا فليس له ان يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه وكذا اذا كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبني

فبعد

ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف

[illegible]

[illegible]

[illegible]

على ان ركن العدة ماذا فعند الشافعي كف النفس عن الحرمات في مدة معينة فاذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر
لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات الا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين
في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة
ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد باسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهارا
للصائم وكذا ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستانف الكلام ونقول لا شك انه يثبت عند
تمام سبب العدة امور هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها ووجوب التربص في تلك المدة
ايضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع ان هذا الوجوب لا بد ان يثبت لازما للحرمة بادنى تامل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل المكلف
والتربص والانتظار فهو من افعال النفس فان اردنا تعيينه لم تر انسب به من كونه ترك تلك الحرمات الى انقضاء المدة وترك الشيء ثم
لا يخرج عن كونه كف النفس عنه او حبسها ومن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق وح يكون حاصل يتربصن حبسا عن تلك الامور
لانه طلب كف عنها كما جعلناه في ذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم ان لزوم الكف لا يتعلق بالمراة الا عند علمها
بالسبب اذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم ويحكم بهذه المقدمة وهي ان الحكم انما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب والمقدمة
القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم انها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت في
حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته اصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في اصل الوجوب على ما عرف او علمته ثم لم تكف اي لم تتربص عن
الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى ان تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على
ان معنى العبادة تابع كما قال المصنف بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لا تصح العبادة منه فلا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق
العدة في الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والمتيقن فقد يجتمعان كما في ذوات الاقراء وقد لا كما في الآيسة
والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك المحرمات فلا شك ان العدة تطلق على كل من تلك الامور
اما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه واما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكره ايضا واما على نفس الحرمات ففي غير
دعوانا انها الركن لكن الشأن في بيان ان مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن
ثلاثة اشهر انه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى
يتربصن انما يفيد لزوم التربص لانه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه واما قوله تعالى
اجلهن ان يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب اجله فاذا بلغن اجلهن فالاجل ما كان من المدة للتاخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت
بمضي هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها فلا دليل فيما يلينا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا
في التربص واما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي ان المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه
المفهوم حقيقة الا ظاهرا وذاك لو لم يعارضه النظم القرآني فلما عارضه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل

والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الإمكان. وابتداء العدة في الطلاق
عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لأن سبب وجوب العدة الطلاق
أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب. ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا لتهمة المواضعة. والعدة
في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطئ على ترك وطئها. وقال زفر من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب

ونحن نقول لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة وذلك لأن العدد قد تداخلت فيها حرمات يجب لها الكف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيهما إلا أن تداخلهما والإلزام متحد وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاز لازما لتداخل العدة أو كان عين تداخلهما فلذا والله أعلم اقتصر المصنف على كون ثم ما هو المبني على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب حقيقة على وجه العبادة بل مطلقا إذ لا دليل يوجب كونه وجب إيجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع أنه لم يتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على أنه عبادة نعم هو له عرضية أن يصير عبادة فإن البالغة العاقلة إذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع نزوع النفس لذلك احتسابا لله وقصد الطاعة وقع ذلك عبادة لله تعالى لأنه يجب القاطعة كذلك لما ذكرنا **قوله** والمعتدة عن الوفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها فلو لم تر فيها دما يجب أن تعتد بعد الأشهر بثلاث حيض **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق لأن سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدمنا أن سببها النكاح والطلاق شرط وأن الإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط فالأولى أن يقال لأن عدة الطلاق والموت تتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة **قوله** ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا لتهمة المواضعة بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين أو يتواصيا عليه ليتزوج أختها وأربعا سواها وإذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي أن تتحرى به محال التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدي حيث قال ما ذكر محمد يعني من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه أما إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الإسناد قال محمد وعلى هذا إذا أقر زوجها ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك تصدق ويعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغي أن لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها وقد عرف أن تقييده بالإقرار ليفيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لأن ثبوتها بالبينة لا بالإقرار وأن سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء إنما إذا صدقته أما إذا كذبته في الإسناد فلا وكذا إذا قالت لا أدري والحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ أن العدة من وقت الإقرار ولا يصدق في الإسناد ثم المراد من قوله ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله عن مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب وإن كان غائبا فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة وإذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته ولو جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها فضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب ينبغي أن يكون من وقت الضرب ولو طلقها وأنكر فأقيمت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء **قوله** أو عزم الواطئ بأن أخبر بأنه ترك الوطء فإن الإخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه أما آخر الوطآت لا تعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون إلا بالقول كقوله تركتك وما يقوم

وكذا ان كل وطئ وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز
وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطئ لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها
مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة
مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة واكمال العدة الاولى
انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي اثره
وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق
بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها

متاركة كتركتها وخليت سبيلها اما بعدم المجئ فلا اذ الغيبة لا تكون متاركة لانه لو عاد يعود ولو انكر نكاحها لا تكون متاركة **قوله** ولنا ان
كل وطئ وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل اي كل الوطئيات الى حكم عقد واحد وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا اي
لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر كذلك تعددت المهور بتعدد الوطئ لما عرف فقبل المتاركة والعزم لم تثبت كل الوطئيات لجواز
غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطئ اي وطئ كان قبل التفريق ثلث حيض انقضت عدتها وحلت للازواج
فان تزوجت ظهر انه كان آخر الوطئيات وان كان وطئها بعد ذلك عاد بهذا التقدير فيقول ان تركها حتى حاضت ثلاث الخ ولو حاضت
حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركك احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين اخريين وعندنا لا يحتسب بها ولان التمكن
من الوطئ على وجه الشبهة بسبب ذلك العقد اقيم مقام حقيقة الوطئ لخفاء الوطئ ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الوطئ وهو حلها
للازواج والخفي لا يعرف الحكم واذا اقيم مقام حقيقة الوطئ لا تثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك الا بالتفريق
او بالمتاركة صريحا فلا تثبت العدة الا عندهما واختار ابو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول طائفة من المشائخ
وهو لو جد انها لو تزوجت عالمة بانها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى الا ان اشتراط كونها بعد الترك في القضاء
فالقول قولها مع اليمين لا بد ان يكون محل هذا ما اذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران
عنده وتسعة وثلثون يوما عندهما لانه اذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها اصلا **قوله** كالمودع اذا ادعى رد الوديعة او الهلاك وانكر المودع فالقول
قول مدعي الرد مع ان عليه اليمين اذا كذبه وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج اخبرتني ان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لا تنقضي في
مثلها لا يقبل قوله ولا قولها الا ان تبين ما هو محتمل من اسقاط سقط استبين بعض الخلق فحينئذ يقبل قولها ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله ان يتزوج باختها لانه
امر ديني يقبل قوله فيه **قوله** واذا طلق الرجل امرأته المدخول بها طلاقا بائنا دون الثلث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعدة مستقبلة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال زفر نصف المهر او المتعة ان لم يكن سمى فيه شئ وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكميل العدة الاولى وقال محمد لها نصفه او المتعة وعليها
تمام العدة الاولى لزفر ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول
كذلك غير ان كمال العدة الاولى وجبت بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه **قوله** كما لو
اشترى ام ولده اي زوجته التي هي ام ولده اذا كانت امة فانه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر
غير ان هنا تجب عليها عدة اخرى لانها ام ولد اعتقت وتتداخل العدتان فيجب عليها الاحد او الى ان تذهب عدة النكاح وهي حيضتان
من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيها شئ من الحيضة الاخرى لانها عدة ام الولد اعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم
اشتراها ثم اعتقها ولها ولد منه او لا ولد لها منه فانه تجب عليها العدة بالطلاق ثم يبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فاذا زال
بالعتق تظهر حتى تجب عليها تمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعها
وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو كان تزوجها قبل ان تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة عن الطلاق وفي ذلك اشتباه
النسب وفساد كبير **قوله** ولهما ان الوطئ حين فهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي اثر هذا القبض بقيام العدة اذ هي اثره فاذا جدد النكاح

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول اصح

او يحال قبلها يقبضها باب تمنعه القائم مقام استحداث قبض آخر وكان لمجرد العقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ثابت لك القبض من التسليم المستأنف ولا يقال يجب بهذا ان يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن جعلنا الدخول في النكاح الاول قائما مقام الدخول في النكاح الثاني في حق تكميل المهر ووجوب استيناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه في حق جميع الاحكام والا كان اقامته في حق ترك الاحتياط لان الاحتياط في انقطاع الرجعة الا يرى ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يستتبع الرجعة وان كانت الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين اقامته مقامه في ثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه اخت المسائل المبنية على هذا الاصل وهو ان الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني اولا وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا اولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما انه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة فيه ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول بل يكون فارا ام لا ورابعها لو تزوجت بغير كفوء ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر ففرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها تمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسادسها تزوجها صغيرة ولم يدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت ثم اسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وثامنها تزوجها ثم خلعها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وتاسعها تزوج امة ودخل بها ثم اعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوج امة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم اعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول **قوله** واذا طلق الذمي الذمية او مات عنها فلا عدة عليها فلو تزوجها مسلم او ذمي في فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب في معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم او مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده **قوله** وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة ليس بقيد بل المعتبر ان تصير بحيث لا يمكن من العود بان خرجت مسلمة او ذمية او مستامنة ثم اسلمت او صارت ذمية لا عدة عليها فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وعنه لا يطأها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها اي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة وعلى الذمية العدة اما الذمية فالخلاف فيها نظير الخلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح اي لاختلاف المشبه وهو غير المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح اهل الشرك واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز الخ او المراد كل من الاختلافين واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لما لاقت في دار الاسلام لو وقعت بسبب آخر غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين وانما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولو لم تخص منها لم يظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك **قوله** بخلاف ما اذا هاجر الزوج مسلما او ذميا او مستامنا ثم صار مسلما او ذميا وتركها فانه لا عدة عليها هناك اجماعا حتى جاز له ان يتزوج اختها واربعا سواها كما دخل دار الاسلام لعدم تبليغ الاحكام لها في دار الحرب لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح اهل الشرك انها حق الآدمي فيخاطب بها **قوله** وله قوله تعالى و

فصل قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة ف

ولا جناح عليكم ان تنكحوهن بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظني وقوله تعالى يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء في المطلقات فالحاق الكتابية بالطلاق قياسا بما نقيده بما بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا يجب بها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لان التسليم لا يجب لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ولا اشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح واما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان لم يمكن الوطء مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة فان لم تجب كمال المهر وان اعترفا بعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يصدقان في ابطال غيرهما وتقدمت هذه في باب المهر ان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة كغيرها لانها ترد الى ايام عادتها ان كانت علمت والا فبثلاثة اشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما ان يكون الطلاق او الموت في غرة الشهر او في اثنائه ففي الاول يعتبر ثلاثة اشهر في الطلاق و في الوفاة بالاهلة اتفاقا وفي الثاني قال ابو حنيفة تعتبر بالايام فتعتد تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن ابي يوسف روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله

فصل لما ذكر نفس العدة وكيفية وجوبها اعقبه بذكر ما يجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من حصول وجوبها **قوله** وعلى المبتوتة يعني ويجب بسبب التزوج على المبتوتة واصله المبتوت فلا لحقها ترك ذلك للعلمية لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا او واحدة بائنة ابتداء والا فعلم فلا خلاف في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الاقارب فان اراد قال محمد في النوادر لا يحل الاحداد لمن مات ابوها او ابنها او امها او اخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل اراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من اباحته للمسلمات على غير ازواجهن ثلاثة ايام والتقييد بالمبتوتة لنفي وجوبه على الرجعية وينبغي انها لو ارادت ان تحد على قرابة ثلاثة ايام ولها زوج له ان يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له ان يضربها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه **قوله** فلقوله عليه السلام الخ في الصحيحين من حديث زينب بنت ابي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحت بذراعيها وقالت انما اصنع هذا لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا الحديث بطوله وقد روي بلفظ آخر ووقع فيه تفسير لهذا لما توفي ابوها ابو سفيان وفي لفظ البخاري فيه فوق ثلاثة ايام ولا يخفى انه لا دليل فيه على ايجاب الاحداد لان حاصله استثناء من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل لا الكلام فيه وما قيل من ان نفي حل الاحداد اقتضى حرمته وقد استثنى من نفيه فهو اثباته فيصير حاصله لا احداد الا من زوج فانها تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الاخبار تفيد عليه اعرف ومن ان نفي حل الاحداد ايجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الايجاب فيكون ايجابا لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم اذ يمنع كون نفي حل الشيء الحسي تعلق له بمعنى الوجوب لغة او شرعا ليتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي رفع الحل ولو سلم فوجه الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب ذاتها ايضا استثناء الاحداد من ايجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجوب فيها فهو كالاول فلذا قال ظهير الدين رح وما هنا هو ابتر لجعل الفوائد وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري الى انه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما اخرجه

وقال الشافعي رحمه الله لا حداد على المبتوتة لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تاسف بفوته ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها

ابو داؤد فى مراسيله عن عمرو بن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة ان تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها وعلى من سواه ثلثة ايام والحق ان الاستدلال بنحو حديث حفصة فى صحيح مسلم انه عليه السلام قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا فان فيه تصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوما بارادة الاخبار بوجوده فعلها منه بطريق الحمل لظهور ارادته فى حديث آخر ولم تخف ان الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة الى المكلف لا بالنسبة الى ثبوته شرعا مثلا اذا قال احداد تفعله المرأة افاد الوجوب لا اذا قال احداد ثابت شرعا فانه اعم ومن الادلة فيه حديث ام عطية فى الصحيحين انه عليه السلام قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوج اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط او اظفار فصرح بالنهي فى تفصيل معنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون القطعة والشيء اليسير والقسط والاظفار نوعان من التبخير رخص فيه فى الغسل من الحيض فى تطييب المحل وازالة كراهته وحديث ام سلمة فى الصحيحين ايضا قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها بضم الحاء فقال عليه السلام لا مرتين او ثلثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن فى الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول قالت زينب كانت المرأة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تأتى بدابة حمار او شاة او طائر فتفتض به فقلما تفتض بشيء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب او غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل اي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر ونحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش بالفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الانفاد بالغسل بالعيير كالفضة فهو منه والاول احسن **قوله** وقال الشافعي لا احداد عليها اي على المبتوتة لانها لاظهار التاسف وهو فى الموت لعبره على صحبتها الى الموت بخلاف ابتدائه بطلاقها ثلاثا فانه اوحشها وخلعه لانها غير راغبة فيه لمكان سوالها قلنا فى محل النزاع نص هو ما روى انه عليه السلام انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السروجي حديثا واحدا وعزاه للنسائي هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء قال الحناء طيب والله اعلم به ويجوز كونه فى بعض كتبه واما حاصله فحديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث ابي داؤد عن ام حكيم بنت اسيد عن امها عن مولاة لها عن ام سلمة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا فى عدتي من وفاة ابي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فباي شيء امتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك فما الطعن فى اسناده لا يفيد المقصود فان هذه معتدة فى وفات ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس عن عدة المتوفى عنها بجامع اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ما عينه الشافعي مناسب معتبر فى محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل فى المحل ايضا باظهار التاسف على فوات نعمة النكاح التي هي من اسباب النجاة فى المعاد والدنيا فانه ضابط الحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا فى هذه المدة فتمنع دواعيه دفعا لما يدافع عن اداء الواجب وقد ذكر المصنف هذا المعنى ايضا عند قوله وفيه وجهان الخ لكن ظاهره انه ذكره على انه علة اخرى والتحقيق انه حكمة لان المنضبط فوات ما قلنا بخلاف ما هو دواعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد فى محل ثبت به

والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب

ذلك الحكم ففي المبتوتة ان فقد التاسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التاسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم ان يكون وجوبه تبعا للعدة بالنص او معلولا بالآخر فقط لكن منع بان المراد بقوله تعالى لكيلا تأسوا الآية الاسى مع الصياح الفصيح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا **قوله** والحداد ويقال الاحداد فمن الاول يقال حدت المرأة تحد من باب نصر ومن باب ضرب ايضا حدادا فهي حادة ومن الثاني يقال احدت تحد احدادا فهي محدة **قوله** ان تترك الطيب ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه **قوله** وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم تقدم **قوله** والدهن لا يعرى عن نوع طيب اما في ذاته او في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته وقد وقع للزيلعي مخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف انه عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال واما الدهن فغريب فهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فالحقه الحاقا **قوله** قال الا من عذر لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا مؤكدا عن الكحل للتي اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها ولذا قال المصنف فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء في حديث ام حكيم بنت اسيد عن امها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فارسلت مولاة لها الى ام سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه الا من امر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على صبرا فقال ما هذا يا ام سلمة فقالت انما هي صبر يا رسول الله قال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه احمد وغيره لكن امها مجهولة مطلقا وتمتشط باسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط واطلقه الائمة الثلاثة وقد ورد في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل معه الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة نعم لا ارادت به معنى الزينة لم يحل واجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج والبحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي الا لضرورة لحصول الزينة به واجازه الامامان والظاهرية **قوله** لعذر كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ بنفسه وقد صح بمنع الحلي في الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا المعصب فيشمل منع الاسود **قوله** لانه يفوح الخ يفيد انه اذا كان خلقا لا رائحة له يجوز وفي الكافي قال الا اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستخلاف بثمنه او من مالها ان كان لها وروى مالك وابو داود والنسائي عن ام سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها

قال ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في العدة من النكاح الفاسد احداد لانهما ما فاتتهما نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة

زوجها المعصفر من الثياب ولا المشقة ولا الحلي ولا الخضاب ولا الكحل بهذا قال ابو ثور وداود وابن المنذر ولا تلبس العصب عندنا واجاز الشافعي رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلفت الحنابلة فيه وفي تفسيره وفي الصحاح العصب ضرب من برود اليمن يجمع ابيض ثم يصبغ بعد ذلك وفي المغني الصحيح انه نبت يصبغ به الثياب وفرق في الحديث بانها من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وعامة الظاهرية كالاحمر والاخضر قوله ولا احداد على كافرة لا احداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعي ومالك رضي الله عنهما لانه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو امرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب بها لا ربه ولذا اشترط الايمان فيه حيث قال عليه السلام لا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث وقوله لما لم الساترة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن المحرمات الخاصة وعلى نفس الحيضات ومضي المدة على ما تحقيقه والعدة اللازمة لهن الكل من المفهومين الاخيرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه التكليفي بل هو من قبيل المسببات بالاسباب بخلاف ترك اعني اللبس والتطيب فان فعلهما ليس محكوم بحرمته ولا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو تحلت او لبس المعصفر او اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة بالعدة خطاب عدم التزوج بحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتان قوله وعلى الامة الحداد يعني اذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وام الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العدة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس في الاحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو لزمها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها كيلا يفوت حقه في استخدامها وحق العبد مقدم على حق الشرع باذنه لغناه قال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب لبيع شراء المنكوحة فالجواب انها لم تتعين لقيام الحل والكفاية فان الامة تثبت على وجه احط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا اثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل اعتبار فوات نعمة انها سبب لصونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد ولهذا التقدير يندفع اشكال انه لا يوجب الاعلى وهو هذا الحل عن الاعلى ما تتضمنه بالتزام وجوب الحداد على الامة المشتراة الا انه لم يظهر لكونها حازلا حتى لو اختفى ظهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لانه لها الزينة والطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة قوله وليس في عدة ام الولد اي عن وفاة سيدها او اعتاقها وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا لانهن ما فاتهن نعمة النكاح والاصل الاباحة اي اباحة الزينة وهذا الان بالاعتاق يزول الرق الذي هو اثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة واجب ولا عليه فوات علة معينة قدم

ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه

للاحداد علة اخرى وهو كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منها يتحقق هذه موجودة هنا فينبغي ان تجب الحداد واجيب بان كونها ممنوعة عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علته بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معه وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعف بحيث في النهاية تلك الحكمة لا علته لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكم لما عرف في مسئلة الاستبراء **قوله** ولا بأس بالتعريض في الخطبة اراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولا افضائه الى عداوة المطلق والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره كقول ابن عباس فيما اخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم يقول اني اريد التزويج ولوددت انه تيسر لي امرأة صالحة وقال القاسم يقول انك علي كريمة واني فيك لراغب وان الله لسائق اليك خيرا ونحو هذا واخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا ان تقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو ان نجتمع وليس في هذا التصريح بالتزويج والنكاح ونحوه انك لجميلة او صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول اني اريد ان انكحك او اتزوجك وسياق الآية لا جناح عليكم فيما عرضتم به اي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن او اكننتم اي اضمرتم في انفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي نكاحا فلا تقولوا اريد ان اتزوجك وسمى النكاح سرا لانه سبب السر الذي هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور في الكتاب غريب الا ان تقولوا قولا معروفا استثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس مواعدة في السر والاستدلال يتعلق بالمحذوف الذي ابرزنا صورته وهو فاذكروهن والله تعالى اعلم **قوله** وبعض الليل يخصه من التعليل **قوله** وتقديره الى ان يهجم الليل فقد روي عن محمد المتوفى عنها زوجها لا بأس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل قال الحلواني هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي وقدم قبله ما ينفي اختيار صحتها وهو قوله لان نفقتها عليها او عسى لا يجد من يكفيها مؤنتها فيحتاج الى الخروج لنفقتها غير ان امر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فابيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى ويعرف من التعليل ايضا انها اذا وجدت قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها ان تخرج لزيارة ونحوها ليلا ولا نهارا والحاصل ان مدار الحل كون خروجها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها كون بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها **قوله** اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية اشتملت على نهي الازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن او لحاجتهم الى المساكن وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهيهن ابلغ لانه اوقع بلفظ الخبر الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعي وبه اخذ ابو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وان يكون بذية اللسان على احمائها وقول ابن مسعود اظهر من جهة وضع اللفظ لان الا غاية والشيء لا يكون غاية لنفسه وما قال النخعي ابدع واعذب في الكلام كما يقال في الخطابيات لا تزن الا ان تكون فاسقا ولا تشتم امك الا ان تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا يخرج اظهار عذوبته عن غرضنا **قوله** حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي ابطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار في ابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد وصححه في جامع قاضي خان وهذا كما لو اختلعت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج

ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس به لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه

وبيته ... ان تعتد في بيت الزوج واما ان يحل لها الخروج فلا والحق ان على المفتي ان ينظر في خصوص الوقائع فان علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج افتاها بالحل وان علم قدرتها افتاها بالحرمة **قوله** ولهذا اي لان البيت المضاف اليها هو الذي تسكنه لو زارت اهلها والزوج معها او لا فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها ذلك فتعتد **قوله** وقال عليه السلام تاييدا للاستدلال بالكتاب بان تفسير رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري انها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يترك لي مسكنا يملكه ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد فدعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بي فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شان زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك في الموطا وابن حبان في صحيحه واخرجه الحاكم عن اسحق بن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هو حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن اسحق وهو اشهرهما واسحق بن سعيد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بان الحديث صحيح فان سعيد بن اسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث حسن صحيح وفي تصحيحه توثيقهما ولا يضر الثقة ان لا يروي عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به واما ما روى الدارقطني انه عليه السلام امر المتوفى زوجها عنها ان تعتد حيث شاءت وقال فيه لم يسنده غير ابي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز ايضا ضعيف وعطاء بن السائب مختلط وابو بكر بن مالك اضعفهم فلذلك اعله الدارقطني وذكر الجمع انه لاحتمال ان يكون الجناية من غيره انتهى كلامه **قوله** وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ اي فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل لعذر صار الثاني كالاول فلا تخرج عنه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل اليه في عدة الطلاق الى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها مستبدة في امر السكنى حتى ان اجرة المنزل ان كان لا اجر عليها وعليها ان تسكن فيه الا ان لا تجد الكراء وتجد ما هو بلا كراء فلها ان تتحول اليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة الى صحن الدار التي فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع اليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة من الدار وتبيت في اي بيت شاءت منها **قوله** ثم لا بد من سترة بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد كيلا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا اذا في الوفاة اذا كان ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا باس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفي به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على الحرام الا ان يكون فاسقا فتخرج لانه عذر والاولى ان يخرج هو وكذا في كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها في غير مصر فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضا لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج **قال** إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لهما أن نفس الخروج مباح دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى

الأولى أن تخرج هو ولعل المراد أنه أرجح فيجب الحكم به كما يقال إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى ويراد ما قلنا وهذا لأنهم عللوا أولويته خروجه بأن مكثها واجب لا مكثه وحتى انتقلت فتعين المكان إليه **قوله** وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة وغيرها المقصود إذا سافر بها فطلقها فأما رجعيا أو بائنا ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم وإن كان بائنا أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فإن شاءت مضت إلى المقصد وإن شاءت رجعت سواء كانت في مصر أولا معها محرم أولا لأنه ليس في ذلك إنشاء السفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بمحرم وبغيره إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج كذا في الدراية وإطلاق المص يقتضي أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه أما إن كان مدة سفر فظاهر لأن المضي إلى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما إن كان ما دونها فترجع أيضا لأنها كما رجعت تصير مقيمة وإذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل إلى المقصد فإذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك كذا في النهاية وهو أوجه **قوله** وإذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام فمفاده فإذا كان دونها إلى المقصد لا تتخير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد **قوله** إلا أن يكون استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت أي في جميع الأحوال إلا في حال يكون طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبي حنيفة رح سواء كان معها محرم أولا وحاصل وجوه المسئلة إما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على ما في الكافي وعلى ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لأنها باختيار مقابله منشئة سفرا دون اختياره فإن كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون في مفازة أو مصر فإن كانت في مفازة فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت بمحرم أولا لأن ما يخاف عليها في ذلك المكان أشد مما يخاف عليها في الخروج والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا وإن كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لأن ما يخاف في السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر أولى بخلاف المفازة فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبي حنيفة رح في العدة وقالا تخرج وهو قول أبي حنيفة رح أولا وقوله الآخر

محمد

أظهر لهما أنها في غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لأن أصل الخروج مطلق لها اجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد حتى قلنا لها أن تخرج إلى دون السفر بلا محرم فإذا انتفى معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الضرورة إذ الغربة يؤذي ويهان فأشبه المفازة وله أن تأثير العدة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة أولى وما دون السفر إنما أبيح مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول لا لأن أصل الخروج مباح وهي هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيثبتا وله التحريم وإذا ثبتا وله لم يسقط بالمحرم لأنه لا ترتفع به حرمة الخروج باعتبار السفر قلنا له التحريم بسببه العدة وفي المبدأ لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التي تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرما بلا خلاف وكذا إن وجدت عند أبي حنيفة رح ومثله في المحيط وفيه البدوي طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر في الكلأ والماء فإن لم تتضرر تركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك وإن تضررت فله ذلك إذ الضرورات تبيح المحظورات والله تعالى أعلم

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها
لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان
تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتاكد المهر به

باب ثبوت النسب اعقبه العدة لان ما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه
فينصرف كل عن الآخر في الحال اى في حال عدم معرفة الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة **قوله** ومن قال ان
تزوجت فلانة او امرأة فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها لا لاقل ولا لاكثر فهو ابنه وعليه المهر يريد من وقت
تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المص على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا
لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق
جزاء الشرط فيتأخر عنه بزمان وان لطف كما قيل لانه لا يتخلل بينهما ان خال بل اول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء
من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما تقتضيه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح
فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو يخالطها وطيا وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاحسن
تجويز اسماعه كلامه فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو ثبت مقارنا للنكاح
المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية اثر النكاح اعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش
نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما حكي عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها
اذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضي خان
ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش
بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله اثره لا يقال مقتضاه ان يكون جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح اذ لا بد
من كون مدة الحمل ستة اشهر وقد عينوا الثبوت نسبه ان لا يكون اكثر من ستة اشهر من النكاح ولا اقل لانا نقول انما يثبتوه في الاقل
لان العلوق تحقق من زوج قبل النكاح واما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع
وطيا بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان يفهم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر في مدة يتصور
ان يكون منه وهو ستتان ولا موجب للصرف عنه ينافي الاحتياط في اثباته والاحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به
لستة اشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل اكثر منها وربما يمضي دهر ولم يسمع فيها ولادة لستة اشهر فكان الظاهر
عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت
شعري اى الاحتمالين ابعد الاحتمال اى الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها وسمع كلامهما الناس
وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد او احتمال كون الحمل ازداد على ستة اشهر بيوم يكون من غيره ولاستبعاد هذا الفرض
قال بعض المشائخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج
المشرقي بمغربية والحق ان التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات
الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة او جني واما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطيا حكما فعليه المهر

قال ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا

وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطيه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس من وهو رواية ابي يوسف مهر ونصف اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فللدخول انتهى وعبارة ابي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه ابو الليث ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا ان ابا حنيفة استحسن فقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتاكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة للمتامل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهر في نفيه وذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك ثم اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطي ح في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بانه مقارن له او للنكاح فاقل الامر كونه قبله او لا شبهة ذلك وضمير به في قوله فتاكد المهر به لثبوت النسب واعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره وليس الا باذكر من تزوجها حال وطيها المبتدا به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقد مناه في باب المهر من انه لو تزوجها في حال ما يطاؤها عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكل لمخالفته لصريح المذهب وايضا الفعل واحد وقد اتصف لشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطي اما هنا الطلاق مع الوطي الحلال في فعل متحد صحت فصار الفعل كله له شبهة الحل فقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح ابي اليسر قال ان تزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليها الحد ويجب مهر المثل ويجب الاقل قال قد كنت افتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب اصحابنا من مال اليه لم يكن مخطيا ولو جاءت بولد ورثه منقول عن اصحابنا وان حرمت عليه بالثلاث فلم يبق النكاح ولا عدة لكن لما كان فعلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب قوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ولو عشرين سنة او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها فان اقرت بانقضاء عدتها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول ابي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة اشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة اشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه اما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر واما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها او بوطيها بشبهة بجواز كونها ممتدة الطهر فان امتد الى اقل سنتين من حيضها به او اقل ثم وطيها فحبلت وعن هذا حكمنا بانها لو جاءت به لاكثر من سنتين يكون رجعة بالمرتبة الكائنة بالوطي في العدة بالمطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان في العصمة كما يحتمل انه كان في العدة واحالة الحادث الى اقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر والظاهر الوطي في العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة ارجح من اضافة الحادث الى الظن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة ايضا فعبارة معتاد الناس في الرجعة ان يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو لو انها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض انها لم تكن اقرت بانقضاء العدة وما لم تقر بذلك ولم يظهر تزوجها فالظاهر انها في العدة ولان فيما نشأ

والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا واذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة

نكاح او البقاء الاول اسهل واخف قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب فاذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة وهو حرام قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوي والاقطع والرواية التي تجيئ بعد هذا في الكتاب ايضا وهي قوله واكثر مدة الحمل سنتان فان فيها الحقت السنتان باقل من السنتين حتى اثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات اما قوله ان لفظ الحديث الخ فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد في البطن اكثر من سنتين وهذا لا يقتضي انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق ان يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه ان يحمل على تقرير قاضيخان المتقدم من انه يجعل العلوق في حال الطلاق لا انه قبل زواله بالفراش قوله الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق اي لم يثبت في حال الا في الحال التي هي دعواه لانه التزمه وله وجه وهو كون وطئها بشبهة في العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض له ولم يذكر الاشتراط في رواية الامام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل وذلك ظاهر في ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما في كتاب الحدود في ان النسب لا يثبت من المبانة في الوطي في العدة ونص في التبيان ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود واجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال وحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشيء لان المراد من المذكور هناك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطئها بشبهة والمعتدة عن ثلاث لا تكون اشد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت لو وطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بان يقال ينبغي ان يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطي المطلقة ثلاثا اذا جاءت مطلقا فيثبت عنده فيجب ان لا ينقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل افاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير ان توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطي بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهي رواية بشر عن ابي يوسف فيجب ان ترد نفقة ستة وقال ابو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شيء لهما ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطي بشبهة واقل مدة الحمل ستة اشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وقد اخذت ما لا تستحقه لانها منقضية العدة فترده وابو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فلانها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين احدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين يثبت نسبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينتقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه او يخرج من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والباقي لاكثر ذكره محمد في

فإن كانت المعتدة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يثبت النسب منه إلى سنتين لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله وإن كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لأن بإقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وقال زفر إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل لأنها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة

شرح المسئلة تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها إن جاءت به لأقل من ستة أشهر ولا يلزمه إن جاءت به لستة أشهر فصاعدا لأنه ولد النكاح في الأول وفي الثاني يضاف إلى ملك اليمين لأن وطأها حلال ولا يلزمه إلا بالدعوى ولا فرق بين أن يكون الطلقة بائنة أو رجعية وإن طلقها ثنتين يثبت نسبه إلى سنتين لأن وطأها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى أن معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وإلا لم يتصور وطؤها بملك اليمين فاعلم أن ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بأحد أمور أن يكون هناك إما شهادة بالولادة أو اعتراف من الزوج بالحبل أو حبل ظاهر كما سيجيء عن قريب **قوله** فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ قيل هو مستدرك لأن الحبل دليل على أنه يجامع مثلها ومنعه ليس بشيء لأنه إن كان باعتبار أن الحبل لا يكون بلا جماع فلا شك أنه لا يكون إلا بالبلوغ ولعله لا يحبل البالغة الجماع وحاصل المسئلة أن الصغيرة إذا طلقت إما قبل الدخول أو بعده فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق فجاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يثبت لأن الفرض أن لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق ليلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وإن طلقها بعد الدخول فإما أن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر فإن أقرت ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبه وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة بإقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها للتيقن بكذبها وإن لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند أبي حنيفة ومحمد إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه وإلا فلا وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين في الطلاق البائن وإلى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال أنه وطئها في آخر عدتها الثلاثة الأشهر فعلقت سنتين وإن كانت ما ادعت حبلا فهي كالكبيرة من حيث إنها لا تقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقا فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الإياس لجواز امتداد طهرها ووطئه إياها في آخر الطهر وجه قول أبي يوسف أنها تحتمل كونها حاملا لفرض أنها في سن يجوز فيه بلوغها لأن فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فأشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتي به إلى سنتين واعلم أن قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من أنها إذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت أن يقال إلى أقل من سنتين هنا وجه قولهما وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها بالانقضاء لأنه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف إقرارها فغاية الأمر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها ولو أقرت بالانقضاء بعد الأشهر الثلاثة ثم جاءت به لأقل من ستة أشهر أو الستة لا يثبت فكذلك هنا أن لا يثبت حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر أما إذا كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة فيها لأن بإقرارها بالحبل حكم ببلوغها **قوله** ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه ولستة أشهر لا يثبت فوجهه كوجهه في الصغيرة وهو أن لعدتها جهة واحدة هي انقضاء أربعة أشهر وعشر فإذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها فإذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما إذا جاءت به لأقل على ما عرف ومنع لتعين الجهة الواحدة في حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل فتستمر ما لم تعترف بالحمل **قوله** وإذا اعترفت ظاهر وتقدمت غير مرة

وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط

وإنما لم يثبت إذا أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار وإن كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لأنهن أمينات شرعا في إخبارهن عن عدتهن فإذا أخبرن لزم أن تحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق ووفاة ومما يشمل أيضا الآيسة إذا ولدت بعد الرجعي والبائن فحكمها كذوات الأقراء يثبت نسب ما تأتي به لأقل من سنتين في البائن وأكثر منهما في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة فإن أقرت بانقضائها معتبرا بثلاثة أشهر ومطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإلا فلا لأن مطلق إقرارها محمول على الإقرار لما يبطل الإياس هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضي خان أن الآيسة تعتد بالأشهر إذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني **قوله** وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة وإطلاق المعتدة يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضي خان وفخر الإسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الأئمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائنا فقال لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقة بائنة ثم جاءت بولد لبعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل ولم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة ما لم يشهد رجلان أو رجل وامرأتان ونحوه قول صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا مؤيدا إلى قوله حتى أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره واتفقوا على قيد إنكار الزوج وكذا لو وقع إنكار الولادة والحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لأنها حجة على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك أي فيما إذا كان حبل ظاهر أو لا أو اعتراف من الزوج أو لا وهل تقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم وقيل لا كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان وفي جامع قاضي خان وعلى هذا الخلاف كل ما لا يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش وإذ اقتران النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما انعكس لأن ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف إنما هو فيما بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولهما قال أحمد وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان وجه قولهما أن الفراش قائم لقيام العدة وهو أي الفراش ملزم النسب حتى يأتي به كما قبل الطلاق والحاجة إلى شهادة المرأة لتعيين الولد فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق أقصى الأمر على هذا التقدير فيثبت النسب والجامع قيام الفراش وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل فصارت أجنبية والفراش المنقضي ليس بحجة ليصلح مؤيدا للحجة الضعيفة أعني شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بعين شهادتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها في وقت يلزم فيه ثبوت النسب شرعا بخلاف ما إذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لأن النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا وكذا

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه

يوجب شهادة القابلة بقولهما لا يستطاع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته وفيما إذا لم يتعمد النظر بل وقع اتفاقا وهذا يندفع بما قدمناه من أن شهادة الرجال لا تستلزم فسقهم فلا تقبل فالحق أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفي للإثبات أو لا بد من أن تتأيد بمؤيد فالوجه أن يحيل الاستدلال عليه ولما فيه قوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس وأما الوجه الذي ذكراه فتمامه بلعان الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو مندفع بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه إطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لأنه مرسل وإنما قلنا لأنه مرسل لأن قول الراوي مضت السنة إنما يكون بحكم المرفوع إذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وإن كان بين عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني فقد تظافرا وهو ما هو حجة به ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة فيها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة قالوا إذا كانوا أي الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين فيطالب غريم الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة أي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط هو الصحيح لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولا يراعى للتبع شرائط إذا ثبت أصالة فعلى هذا لو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم والله أعلم قوله

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فتيقن كونه من علوق قبل النكاح وإن جاءت به لأكثر منها ثبت ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت وكذا إذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال أنه تزوجها وهما يتناكحان فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته وهذا من المصنف خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفى النسب بما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها فصادف الإنزال الطلاق وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لإمكان الحمل أمرها على الصلاح إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج تزوجت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نفيه نسبته فسادا إليها لجواز كونه بعد ما انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا إلا أن معنى السؤال وجد المقتضي وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما ثبت هنا إذ أنت علمت أن الوجه ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الإمكان مع الاحتياط قوله فإن جحد الولادة يعني فيما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون نفيا للعان لزم بشهادة الواحد ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا والجواب ما لزم عند أبي حنيفة حيث لم يثبت به النسب وإثبات اللعان بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا بنفي الولد إذ ثبت

فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف وإن قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولأبي حنيفة رحمه الله أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة ولأنه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الأمانة **قال** وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل

هو نفيه فإنه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه لجواز تحققه بدونه وإن اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي **قوله** فإن ولدت ثم اختلفا فقال تزوجتك لأربعة أشهر وقالت لستة فالقول لها لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من النكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات لأنه إذا تعارض ظاهران في ثبوت النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى إنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع أن ظاهرها متأيد بظاهر (ولأن) وهو عدم مباشرة النكاح الفاسد لأن كان الولد من زوج أو حبل من زنا وإن صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفي لأنه لا يلزم منه كونها حاملا بثابت النسب ليكون إقرارا بالفساد كما إذا تزوجها بلا شهود ويجوز أنه وهي حامل من زنا فإنه يصح على الصحيح ولأن الشرع كذبه حيث أثبت النسب والشرع إذا كذب أي مقر بطل **قوله** ولم يذكر أي محمد الاستحلاف أي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الأشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لأن الخلاف واقع في النكاح والنسب **قوله** ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقر به لم تطلق عند أبي حنيفة ولكن يثبت النسب وقالا تطلق أيضا لأن شهادتها حجة في ذلك أي في ثبوت ولادتها للحديث السابق وإذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير يتبين أن قوله ولأنها لما قبلت في الولادة الخ ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الأول وصار كثبوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما إذا قال إن كان بأمتي هذه حمل فهو مني فولدت لعبد هذا القول لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها فشهدت به امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما إذا جاءت زوجته بولد فقال ليس مني ولا أدري أولدتيه أولا فشهدت بالولادة امرأة فإنه يجب اللعان إلا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محدودا في القذف ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك إلا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمها المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومية الولد لأنه حكمه اللازم شرعا أما اللعان فإنما يثبت بالقذف وإن اتفق أنه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فأخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسي قبل في الحرمة ولا يثبت تمجيس الذابح وكقوله إذا حضت فأنت طالق وفلانة فقال حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان وهكن جعل هذا إشكالا على أبي حنيفة فإن طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها لازمه الشرعي ولازمه الجعلي المنفك وهو حنثه وسيأتي الفرق ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة للعلم بأن الحبل تلد بعده ولأنه أقر بأنها مؤتمنة في إخبارها بالولادة حيث أقر بأنها حامل فيقبل قولها في رد الأمانة كما إذا علق بحيضها فقالت حضت فإذن ظهر الفرق الدافع للإشكال المذكور وهو أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد الاعتراف بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاما لتصديقها عنده إخبارها به واعترافا بأنها مؤتمنة وإن لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند إنكاره إلى الحجة **قوله** وأكثر مدة الحمل سنتان

واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله فى عامين فبقى للحمل ستة اشهر والشافعى رح يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدى اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه فى الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفى الوجه الثانى ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كانت الطلاق واحدة بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت على الولادة امرأة

وعند الشافعى ومالك اربع سنين واستدل المصنف بقول عائشة رض الولد لا يبقى فى بطن امه اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اخرج الدارقطنى والبيهقى فى سننهما من طريق ابن المبارك ثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة قالت ما تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفى لفظ قالت لا يكون الحمل اكثر من سنتين الحديث واخرج الدارقطنى ومن جهته البيهقى عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك ابن انس انى حدثت عن عائشة انها قالت لا تزيد المرأة فى حملها على سنتين قدر ظل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة ابطن فى اثنتى عشرة سنة كل بطن فى اربع سنين ولا يخفى ان قول عائشة رض مما لا يعرف الا سماعا وهو مقدم على المحكى عن امرأة ابن عجلان لانه بعد صحة نسبته الى الشارع لا يتطرق اليه الخطأ بخلاف الحكاية فانها بعد صحة نسبتها الى مالك والمرأة تحتمل خطأ فان غاية الامر ان يكون انقطع دمها اربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس قاطعا فى ان الاربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز انها امتد طهرها سنتين او اكثر ثم حبلت ووجود الحركة مثلا فى البطن لو وجد ليس قاطعا فى الحمل لجواز كونه غير الولد ولقد اخبرنا عن امرأة انها وجدت ذلك مدة تسعة اشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها اخذت فى الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئا فشيئا الى ان ضمر بطنها وقامت عن قابلتها من غير ولادة وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روى ان عمر رض اثبت نسب ولد المرأة التى غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها وتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه اباه فلما رآه الرجل قال ولدى ورب الكعبة فانما هو لقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه **قوله** واقله ستة اشهر ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا مع تفصيل الفصال فى الآية الاخرى بكونه فى عامين فيلزم كون الفاضل ستة اشهر واورد عليه انه مخالف لما قرره لابى حنيفة فى الرضاع من ان هذه المدة مضروبة تماما لكل من الحمل والفصال غير ان المنقص قام فى احدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة رض فلما قدمنا هناك انه غير صحيح لما يلزم من انه يراد بلفظ الثلثين فى اطلاق واحد حقيقة ثلاثين واربعة وعشرين باعتبار اضافتين فلعله رجع الى الصحيح والعجب ان هذا تاويل ابن عباس رض ذكره هنا وموضع الاستدلال فى الحقيقة مورده لا هو فنقل بعضه لينبه به عليه وهو ما روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رض اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال وفصاله فى عامين فلم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان رض فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة احد فكان اجماعا وهذا صحيح فى نفسه ومفيد لقطعيته اذا اريد كون المدة لمجموع الحمل والفصال لا لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه فى الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به النقض على المصنف **قوله** ومن تزوج امة فطلقها اى بعد الدخول واحدة بائنة او رجعية ثم اشتراها قبل ان تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها لزمه اى ثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيدنا بعد الدخول وواحدة لانه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد الا ان يجئ به لاقل من ستة اشهر منذ فارقها لانه لا عدة لها ولو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف **قوله** والا اى ان لم تجئ به لاقل بل لتمام ستة اشهر او اكثر من وقت الشراء لم يلزمه الا ان يدعيه **قوله** لانه فى الوجه الاول وهو ما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقا على الشراء

قوله ... لان المعتدة الى ... اولد ويثبت ... قبل الاقرار ... [illegible]

بولد المعتدة فيثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا كان واحدا يحل له وطؤها بعد الشراء اذ لا يظهر عدتها في حقه لانها معتدة والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من اقرب الاوقات لان فيما زاد عليه شكا واقرب الاوقات ستة اشهر واعتبار ما في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة حرمة غليظة فلا يحل الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فيتعذر القضاء بالعلوق من اقرب الاوقات لانه قضاء عليهما بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة تم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فانه بعد كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء وانكار بائنة يثبت الى اقل من سنتين او تمام السنتين بعد كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم اعتقها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها لا يثبت الا ان يدعيه الزوج لان النكاح يبطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق ما زادها الا بعدا منه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لا تظهر في حقه لاجل الملك وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك ولو جاءت به لاقل من ستة اشهر لزمه للعلم بوجوده قبل الشراء وان كان لاكثر من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ باعها الى اقل من سنتين لا يثبت النسب وان ادعاه الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثمة ولم تظهر هنا ولو اسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه لاعن ويقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لعان لكن العلوق حادث والاصل في الحوادث ما قلنا وكذا امة تحته اعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل احدها ما لو قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق ثلاثا او لم يطأها حتى ولدت احدهما لاكثر من ستة اشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تعين تفسيرها للطلاق ذكره في الزيادات وثانيها ما لو قال لها اذا حبلت فانت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق وكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل وثالثها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات لثبتت هذه الاحكام اعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما تضاف الى اقرب الاوقات اذا لم تتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل او ترك العمل بالمقتضي اما اذا تضمنت فلا وهي عولت على ما قلنا ثم استقريت المسائل وجدت الامر فيها كذلك في ثبوت الطلاق في الصورتين الاوليين ابطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استنكار الرجعة بغير القول قوله فهي ام ولد له بالاجماع لان سبب وجود النسب وقد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد ... [illegible]

ترثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطي عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قولهم اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث

باب حضانة الولد ومن احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

حجة في ذلك بالاجماع اي باتفاق اصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة اشهر او اكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة الموصي فلم يكن الموصي مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فتيقننا بالدعوى قوله ترثانه الخ فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع الى ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشيء ثبت بلوازمه الشرعية والا لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية قوله وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بحرية الاصل وانها ام الولد واذا ثبت كونها حرة هي ام ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطي بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله قوله فلا ميراث لها قال التمرتاشي ولكن لها مهر المثل لانهم اقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها ام ولد بقولهم قوله لا في استحقاق الارث فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث من احد والله اعلم

باب حضانة الولد ومن احق به لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب احوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد قوله واذا وقعت الفرقة الخ وهو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها فلحقت او لا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهي احق به وما اذا لم تكن اهلا للحضانة بان كانت فاسقة او تخرج كل وقت وتترك البيت ضائعة او كانت امة او ام ولد او مدبرة او مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة او متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وابت الام ان تربي الا باجر وقالت العمة انا اربي بغير اجر فان العمة اولى هو الصحيح قوله لما روي ان امرأة في سنن ابي داود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي رواه الحاكم وصححه وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا اراد بجده محمدا كان مرسلا واذا اراد عبد الله كان متصلا فما لم ينص عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله والحجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية قوله ولان الام اشفق عليه ابدا الحكمة خصوص هذا الشرع وانما كانت اشفق لانه كان جزءا لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض واقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه والرجل اقدر على الاكتساب فاذا جعلت نفقته عليه اذا لم يكن هو له مال وجعل عندها قوله واليه اشار الصديق الخ يشير الى ما في موطأ مالك ثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رضي الله عنه فركب يوما الى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فاخذه بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فادركته جدة الغلام فنازعته اياه فاقبلا حتى اتيا ابا بكر رضي الله عنه فقال عمر ابني وقالت المرأة ابني فقال ابو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر رضي الله عنه الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي وزاد ثم قال ابو بكر رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله والدة عن ولدها وفي مصنف ابن ابي شيبة ثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن ابي الاقلح فتزوجت فجاء عمر فاخذ

ونفقته على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت
لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها
اوفر شفقة للولاد فان لم تكن له جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت
لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت
من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح
ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها

ابنه فادركه تنازعاه ثم انه ... عاصم الانصارية وهي ام جميلة فاخذته فترافعا الى ابي بكر فقال خل بينها وبين ابنها فاخذته ولابن ابي شيبة
ايضا عن عمر انه طلق ام عاصم ثم اتى عليها وفي حجرها عاصم فاراد ان ياخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى ابي بكر فقال له
مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه **قوله** والنفقة على الاب على ما نذكره في باب النفقة وهذا اذا كان
حيا وان كان ميتا فعلى ذوي الرحم الوارث على قدر المواريث **قوله** ولا تجبر يعني اذا طلبت الام فهي احق به فان ابت لا تجبر على الحضانة
وهو قول الشافعي واحمد والثوري ورواية عن مالك وفي رواية اخرى وهو قول ابن ابي ليلى وابي ثور والحسن بن صالح تجبر و
اختاره ابو الليث والهندواني من مشائخنا لان ذلك حق الولد قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين والمراد
الامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي هي ممن ترضع فان لم يوجد غيرها او لم ياخذ
الولد ثدي غيرها اجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى
وان تعاسرتم فسترضع له اخرى فاذا اختلفا فقد تعاسرا وكانت الآية للندب او محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها
عسى ان تعجز عنه لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط
باطل لان هذا حق الولد ان يكون عند امه ما كان اليها محتاجا بهذا اللفظ فافاد ان قول الفقيهين جواب الرواية واما قوله تعالى
فسترضع له اخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت احق بالحضانة فانه لا يجب عليها
ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا ان لا يوجد من يرضعه فتجبر **قوله** فان لم تكن له ام اي لم تكن له ام تستحق الحضانة
بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او ماتت فام ام الولد اولى من كل احد وان علت وعن احمد ام الاب اولى
واستضعف بان ام الام تدلي بالام وهي المقدمة على الاب فمن يدلي بها اولى واحق ممن يدلي به فان لم يكن للام ام فام الاب
اولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة او الخالة اولى منها وعن مالك الخالة اولى من الجدة لاب لما في الصحيح
ان عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق بها هي ابنة عمي وقال زيد بنت اخي وقال جعفر بنت
عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلي انت مني وانا منك وقال لجعفر
اشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد انت اخونا ومولانا ورواه ابو داؤد وقال فيه انما الخالة ام ورواه اسحق بن راهويه وقال
بعد قوله واما انت يا زيد فاخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة
او غيره الا ان السياق افاد ارادة الاول فيقتضي اعم من كونه في ثبوت اصل الحضانة او كونها احق به من كل من سواها
ولا دلالة على الثاني والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها احق من احد بخصوصه اصلا ممن له حق في الحضانة
فيبقى المعنى الذي عيناه بلا معارض وهو ان الجدة ام ولهذا تحرز ميراث الام من السدس ولغلبة الشفقة لتبع الولادة
ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم يكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات اولى من العمات والخالات
لانهن بنات الابوين واولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة اولى من غيرها والتي لام اولى من الاخت لاب ولهذا الاختلاف

كونها

لما رويناه ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر **قال** الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رح انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة

الخالة وفي رواية كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب لانها تدلي بالام وتلك تدلي بالاب وفي رواية كتاب النكاح الاخت لاب اولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلي بالام على المدلي بالاب عند اتحاد مرتبتهما قرابة فعلى رواية كتاب النكاح يدفع لبعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة ثم الى الخالة لام ثم لاب ثم العمات على هذا الترتيب ثم الى خالة الام لاب وام ثم لام ثم لاب ثم الى عماتها على هذا الترتيب وخالة الام اولى من خالة الاب عندنا ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وقد يستبين ان اولاد الاخوات لاب وام احق من الخالات والعمات وان الاخت لاب لام احق من ولد الاخت الشقيقة وبنات الاخت اولى منهن من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلي الى من له حق الحضانة واما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتاكد بالمحرمية **قوله** لما روينا وهو قوله عم مالم تتزوجي والنذر يا فاعل والنشزر نظر البغض ولو ادعى ان الام تزوجت وانكرت فالقول لها ولو اقرت بالتزوج الا انها ادعت الطلاق وعود حقها فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج **قوله** فاختصم المقصود انه اذا لم يكن للصغير امرأة من اهله ووجب الانتزاع من النساء اخذه الرجال واولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بالقرب ولكن اذا استغنى عن الحضانة كان الاولى بحفظه اقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه اي في الفرائض واولى العصبات الاب ثم الجد اب الاب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب وكذا كل من سفل من اولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما اولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لاب وام ثم ابن العم لاب لا تدفع الصغيرة اليهم لانهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام واذا لم يكن للصغيرة عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند ابي حنيفة رض في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولا تدفع الانثى اليه ولو كان في المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الامساك الكل من الكافي واذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كاخوة واعمام فاصلحهم اولى فان تساووا فاسنهم وفي الفتاوى الصغرى فان لم يكن عصبة فالى ذوي الارحام على الترتيب **قوله** حتى ياكل الخ الذي في الاصل حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضمه المصنف الى ما تقدم وفي نوادر ابن رستم يتوضأ وحده وذكر شمس الائمة لابد من ان يستنجي وحده ليحصل الاستغناء ثم من المشائخ من قال المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة وان لم يقدر على تمام الطهارة **قوله** والخصاف رح قدر الاستغناء بسبع سنين وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لما قيل انه يقدر بتسع لان الاب مامور بان يامره بالصلوة اذا بلغها وانما يكون ذلك اذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي احدهما ولكن ينظر ان كان ياكل وحده ويلبس وحده دفع والا فلا **قوله** وعن محمد رح انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة وهي رواية هشام وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن ابي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة ليبنى عليها

ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حد الشهوة وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا **قال** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رح لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رض لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا

اخذ الاب وثبوت حرمة المصاهرة قالوا ابنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا **قوله** ومن سوى الام والجدة يعني الجدتين من قبل الام والاب **قوله** لانها لا تقدر على استخدامها شرعا وتعليم اداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب وانما يحصل بالاستخدام بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليها شرعا ولذا جاز ان يواجرها قال الحاكم الجليل الشهيد وان كانت البكر قد دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وامرها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث احبت في مكان لا تخوف عليها **قوله** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه احق به منها وان كان حرا كانت احق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى اعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي امة فالولد لمولاها وهو اولى به من الاب لانه مملوكه وان كان الزوج حرا وكذا ان كان الزوج حرا ولم يفارق امه فالمولى احق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين امه للنهي عن ذلك ذكره في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان بعده فهي اولى به لدخوله تحت الكتابة **قوله** او يخاف بالرفع استئنافا وفي بعض النسخ او يخف بالجزم عطفا على ما لم يعقل وتمنع ان تغذيه الخمر او لحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب ايضا على معنى الا ان يخاف مثله في قوله لالزمنك او تقضيني حقي ولكن هذا في او لا الواو وقال الشافعي واحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وابي ثور وقوله للنظر بعد ذلك دافع لقولهم وحاصله ان لا نظر للصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا **قوله** ولا خيار للغلام يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب احق به كسبع مثلا اخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام وذلك عند الشافعي يخير الغلام في سبع او ثمان وعند احمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عاد واختار الاول اعيد اليه هكذا ابدا قال في المغني وهذا لم يقل به احد من السلف والمعتوه لا يخير ويكون عند الام **قوله** لان النبي صلى الله عليه وسلم خير اخرج الاربعة عن ابي هريرة رض ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين امه وابيه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة رض قبل ان يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وانا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بير ابي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال عم هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر واجاب عن الحديث بوجهين احدهما انه عم دعا ان يوفق الاختيار الانظر على ما رواه ابو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع بن سنان انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فجاء بابن لهما صغير لم يبلغ فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب هنا والام هنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى ابيه وفي لفظ آخر انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي فطيم وقال رافع ابنتي فاقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية واقعد الصبي ناحية وقال لهما ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال

فصل واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا

عم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها واخرجه الدارقطني من طريق ابي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة واخرج ابن ماجة والنسائي في سننه عن اسمعيل بن ابراهيم بن علية ثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده ابي سلمة ان ابوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم احدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافر فقال اللهم اهده فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكره الروايتين في انه غلام او جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روي من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده عن ابويه اختصما فيه رواه ابن ابي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة واباه وجده لا يعرفون ولو صحت لا ينبغي ان يجعل خلافا في الرواية اصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فانهم ثقات وهو وابوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وافاد ان المراد بقوله عن ابيه عن جده جد ابيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره عليه السلام مع دعائه فيجب بعده عدم اعتباره مظنة الانظرية وهو فيما قلنا ثانيهما انه كان بالغا بدليل الاستغناء عن بيره الى عتبة من دون البلوغ لا يرسل الى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالبا ونحن نقول اذا بلغ فهو مخير بين ان ينفرد بالسكنى وان يكون عند ايهما اراد اللهم الا ان يبلغ سفيها مفسدا فيضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا ان يتطوع اما الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه لانها عرضة بعد وان بلغت ثيبا ولها ان تنفرد بالسكنى الا ان تكون غير مامونة على نفسها لا يوثق بها فللاب ان يضمها اليه وكذا الاخ والعم الشيخ اذا لم يكن مفسدا فان كان فيضعها القاضي عند امراة ثقة ولهذا صح ان الصحابة رض لم يخيروا على ما تقدم مع قصة عمر مع ابي بكر رض وما اسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا فاختار امه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى امه وهي في الواقع احق بحضانته فاحب تطييب قلب الاب من غير مخالفة للشرع فخيره ويدل عليه ما تقدم انه لم يراجع ابا بكر رض الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان ابا بكر رض كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رايه وان خالفه راي المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه اول الباب

فصل اذا ثبت حق الحضانة للام فارادت ان تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد ايفاء معجل المهر خصوصا بعدما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلد التي تريد الخروج الى بلدها وقد وقع العقد فيها او لا ففي الاول ليس للاب منعها وان بعدت كالكوفة من الشام الا ان يكون دار حرب وهو مسلم او ذمي وان كانت هي حربية ولو كان كلاهما مستامنا جاز لها ذلك لانه لما عقد به فالظاهر انه يقيم به غير انه اذا خرج بعد ذلك وقد اعطاها المهر وجب عليها المتابعة او تابعه بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت الاولاد عنيا بان تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له اولادا فخرج بهم الى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم اليها فان اخرجهم باذنها ليس عليه ان يجيء بهم اليها ويقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه ان يجيء بهم اليها وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه او عقد فيه وليس مصرها على اصح الروايتين كما سيذكره المص الا ان تخرج

ن الوصي

ن الام

قوله وقد كان التزوج فيه

قال عليه السلام من تاهل ببلدة فهو منها ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت ان تخرج بولدها الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذه رواية كتاب الطلاق وقد ذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح فالحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

[illegible] قريبا بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد امكنه ان يبيت في اهله او قريته كذلك وكان العقد في قرية لانه كالانتقال من دار الى دار وان لم يكن العقد في قرية بل في مصر فليس لها اخراجه الى القرية بالقرية هذا فيما بين الاب والام اما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل بالولد الى مصر ما لانه لم يكن بينهما عقد وكذا ام الولد اذا اعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وام الولد ولتتكلم في فصول الكتاب قوله قال عليه السلام في مسند ابن ابي شيبة ثنا المعلى بن منصور عن عكرمة عن ابراهيم الازدي عن عبد الرحمن بن الحارث بن ابي ذباب عن ابيه ان عثمان رضي الله عنه صلى بمنى اربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تاهل في بلدة فهو من اهلها يصلي صلاة المقيم واني تاهلت منذ قدمت مكة ورواه ابو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من اهله وانما اتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدي قوله ولهذا يصير الحربي به ذميا ظاهره ان بالتزوج يصير الحربي ذميا ووقع في الكافي بانه خلاف المصحح بل لا يصير الحربي بالتزوج في دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود وانما ذلك في الحربية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما وانما يصح بحمل الحربي على ارادة الشخص الحربي فيصح مراد ابه الحربية وتجويز ان يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لو سبق الكلام له وفي النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل الفصل قوله وان ارادت الخروج لقوله فهو منهم وما ذكر هنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا لا حاجة الى التكلف لتوجيهه بما قلنا ولغيره ويحتمل المصنف اياه مع انه لا يصح لان مرجع الضمير ان كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الا استخدام بتزوجه المراة الحربية على صيرورته من اهلها والحال ان صيرورتها كذلك لامر يخصها لا يوجد في حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته قوله اشار في الكتاب اي القدوري وقيل المبسوط والاول اولى لانه معتاد المصنف ولاستناد الثاني لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا ان تخرج بها الى وطنها يفيد ان غيره داخل في الحظر الذي وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق اي من الاصل وفي العكس وهو ما اذا ارادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات قوله كما يوجب البيع التسليم في مكانه اي اذا كان المبيع في ذلك المكان لا مطلقا فان في الفتاوى من باع شعيرا او الشعير بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء سلمه في مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار قوله فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب اعتبار الثمرات في مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم قوله تفاوت اي لبعد وفي عكسه وهو ان تنتقل من المصر الى القرية لا يجوز ولو كانت القرية قريبة الا اذا وقع العقد فيها وهي قريتها فلها ذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي شرح البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك او لا والاول هو المنصوص ذكره حاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد اذا كان اصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فارادت ان تخرجهم من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض ما لم يكن له ذلك لقطعه عن ابيه اذا اراد ان ينظر اليه من يومه واذا ارادت ان تخرجه من مصر الى

ذلك نسخة

باب النفقة

قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والأصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولأن النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة وتعتبر في ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار وإن كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي رح يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الأول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة وأما النص فنحن نقول بموجبه أنه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط

إلى قرى فإن كانت قريبة منها فليس لها ذلك إلا أن يكون النكاح وقع في تلك القرى وفيه أيضا وليس للمرأة أن تشتري لولدها وتبيع وإن كانت أحق به إلا أن يكون وصية والله سبحانه أعلم

باب النفقة النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت أو من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشري أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفي ونفد وفي الشرع الإدرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير بأسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات إذ هي الأصل في ثبوت النفقة للولد لأنه فرعها ثم بالسبب الأبعد والأصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل هي الزوجات وقيل هي المطلقات والأول هو الظاهر وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها وقال الله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود وأسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال عليه السلام في خطبته بعرفة في حجة الوداع كما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل في الحج فاتقوا الله في النساء فإنهن عوان وأخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفي الصحيح أن هندا ابنة عتبة قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فقال عليه السلام خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك والأحاديث كثيرة في الباب وعليه إجماع العلماء وما نقل عن الشعبي رح من قوله ما رأيت أحدا أجبر على نفقة أحد يجب تأويله والله أعلم بصحته **قوله** وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره أي المنفعة ترجع إلى غيره كان نفقته عليه فخرج الرهن فإن نفقته على الراهن لأن منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر أنه فاسد يرجع عليها بما أخذت أما لو أنفقت عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه فأنكر أن الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبي يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما أيضا لأنه ممنوع عن وطئها ولو أقر أنه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله في المحرمات والله أعلم **قوله** أصله القاضي والعامل في الصدقات والمفتي والوالي والقاضي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة إذا أقاموا لدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات حبسا صالحا للمنع عن الاكتساب فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن أو لا أو غنيات وقوله إذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطا لازما في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل إلى منزل الزوج إذا لم يطلب الزوج انتقالها فإن طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة أيضا وإن كان لغير حق لا نفقة لها للنشوز وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف إلى منزل الزوج وهو رواية عن أبي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الأقطع الشيخ أبي نصر في شرحه أن تسليمها نفسها شرط بالإجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف فيه أنه إذا لم ينقلها إلى بيته ولم تمتنع هي تجب النفقة لأنها سلمت نفسها لكنه رضي بتركها في حقه حيث ترك نقلها فلا يسقط حقها **قوله** وعليه الفتوى اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رح وقال في التحفة إنه الصحيح ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والإعسار في إعسارهما وإنما يظهر الخلاف في الاختلاف كما إذا

وهو الواجب وفيه بتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما يجب
كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة
لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها

كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية تجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسرا وكانه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى ح ان يقول لو كان احدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها وجه انه يصلح رد الاعتبار حاله فقط يعني اذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لابد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما فيلزم اعتبار حالهما ويورد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة اولا والمعسر معسرة كانت اولا فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ لو جب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز وافاد المصنف دفع هذا بقوله واما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في القدر الواجب لها والحديث افاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث افاد باعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فجمعنا بان يكون الواجب عليه اكثر مما اذا كانت موسرة وهو معسر يخرج قدر حاله فالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم الا ان نقول يجوز علمه عم بان زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله واطلق لها ان تاخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه الآية اما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا ان هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انها ليست بسلوكها مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر او ان قوله تعالى متاعا بالمعروف الآية يفيد بالقدرتين اي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف ان لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة قوله وهو الواجب اي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما وقد يقال لا يتمشى على جميع اقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في اوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا اوسط واما في يسارهما فيمكن ان يقال يجب نفقة هي وسط في اليسار واما في اعسارهما فيجب الفيا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان اعسارهما غاية في الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله او حالها لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله عم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطي الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند نهاية اعسارها واعساره المعروف دون المتوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت و اعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يوكل الا ماد وما قوله لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه لانه يختلف باختلاف الطبائع واحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله او حالها في النفقة فهي الكسوة مثله واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في المعسرة كذا في الاصل واشار شيخ الاسلام الى ان القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد رح في الزيادات ومن المتاخرين من قال ينظر الى زيه وزيها الا في العلوية والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضي ان يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي فان فعله فاتاه

حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها

عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا ان يخبره بذلك عدلان انهما على ذلك فيكونان بمنزلة الشاهدين فان اخبراه من ورائه لم يوخذ بقولهما فان اقامت البينة انه موسر وقام الزوج انه محتاج اخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم **قوله حتى تعود الى منزله** يفيد ان النشوز المسقط لسقوط النفقة ماخوذ فيه خروجها من منزله والتحرير ان الماخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان ابتداء خروجها او امتنعت ان تجيء الى منزله ابتداء بعد ايفائه معجل مهرها او عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل ان تسأله ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا فان كانت ساكنة في ذلك لتنتفع بملكها فابى منفعة الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن في ارض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي فتاوى النسفي لو كان سمرقنديا وهي بنسف فبعث اليها اجنبيا ليحملها اليه فابت لعدم المحرم لها النفقة **قوله لا تستمتع بها** اي لا توطأ وصرح في الذخيرة بان المراد من الاستمتاع الوطء وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى ان تصير الى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج او الاب واختلف فيها فقيل اقلها سبع سنين وقال العتابي اختار مشايخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا اما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فمرجع الضمير الوالدات فلا يتناول الصغار واما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحقها ولم يبين فيه مستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن الا يرى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه واما حديث جابر فقوله عم فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ولفظ لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك او ظلم لفيه ولو سلم فالاتفاق على ان عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة اجنبية فاستحقاقها النفقة اما ان يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره الحاقا للملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة او لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج اعني الوطء او دواعيه او لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا ان يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه فهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على احد الاوجه التي ذكرناها وسنوردها وجها وجها ولان عوض الملك هنا المهر فلا يكون النفقة ايضا عوضا والا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل عوض المعوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على الف وعبد لان الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت ايضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيئا فشيئا ولو كانت جزءا من العوض لزم جهالة احد العوضين فانما تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا الى بقائه وهذا طريق الصدر وعلى هذا يجب ان يقول النفقة في المرقوقة ايضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملته الوطء ان امكن لا للملك وهذا معنى الا يرى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لانتقاضه بالناشزة ولا ما قبله لفرض انتفاء الدواعي بانتفاء كونها ممن يوطأ واما الثاني فهو العلة لظهور اثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما لم نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لئلا يكون سبرا فلا تثبت المناسبة لظهور الاثر له في حق الاصناف المسرد وانما هو في الحقيقة تتمة

وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لأن التسليم تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وإن حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف أن لها النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح

عليه بأمثالها في الشهوة والبطال ما يشيره هذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطيها لكبرها فإن لهن النفقة ولا يمكن الوطء أجيب بأن المعتبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود فيهن لأن يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فإنها لا تكون مشتهاة أصلا فلا يجامع فيما دون الفرج حتى إن كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل إذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وعلى هذا فمن قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لأنها إذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج نعم هنا شيء وهو أن قولنا الصغيرة التي لا توطأ مثلها هل معناه لا تشتهى للوطء أو لا تطيق الوطء فإن كان الأول فالملازمة حقة وإن كان الثاني فإن ثبت التلازم بين عدم الإطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك وإلا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الإطاقة مطلقا لأن واحدة ممن يطيق الوطء فالظاهر أن من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة فإن لم تطقه من خصوص زوج مثلا تجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها النفقة وفي خزانة الفقه للفقيه أبي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة إذا لم يكن لها عليه مهر وإذا اغتصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها والأمة إذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة **قوله** وإن كانت صغيرة إلخ ذكر حكم العجز في الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه عن الطرفين جميعا بأن كان صغيرين لا يطيقان فلو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب وفي الذخيرة لا نفقة لها وأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا يستحق النفقة وعن هذا قلنا إذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها النفقة ولا يخفى إمكان عكس هذا الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فيجب إلخ والتحقيق أن النفقة لا تجب إلا بالتسليم للاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور ذلك وجوبها معه وجودا أو عدما فلا تجب في الصغيرة وتجب في الكبيرة تحت الصغير **قوله** وعن أبي يوسف أن لها النفقة أي في صورة حبسها وغصبها لأنه لا منع من جهتها واختاره السغدي والفتوى على الأول وهو قول محمد لأن النفقة عليه عوض عن احتباسه إياها غير أنه إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته يجعل باقيا تقديرا فيجب مع فواته فإذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن تقديره فإنما فات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فينعدم بعدمه الحكم ونظيره ما لو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الأجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لأن جهة المستأجر لم يكن من جهة الأجر بخلاف ما لو حبس هو ظلما أو في حق لقدرته على إيفائه أو لا لقدرة أو هرب أو ارتد أو أبى وهو الإسلام أو طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وإن لم يكن له تعمل فيه **قوله** وكذا إلخ أي لا نفقة لها إذا خرجت مع محرم بخلاف ما إذا حجت مع الزوج فإن لها النفقة اتفاقا **قوله** لأن إقامة الفرض عذر قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت إنما يجعل باقيا تقديرا إذا كان الفوات من جهته ثم إذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة لحقتها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه **قوله** لما قلنا أي من أن نفقة الحضر هي المستحقة وأجمعوا على أن الصوم والصلاة لا يسقط النفقة **قوله** ويمسها أي ويمسها استمتاعا ويدخل في مسها لذلك الجماع فيما دون الفرج

قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه **قال** وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

والقبلة وغيرها فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستيناس والله اعلم **قوله** قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج فانه عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولا يخفى ان اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقدمنا انه مختار بعض المشائخ وهو رواية عن ابي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهي الاصح تعلقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسن لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن ابي يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستيناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت او جنت او اصابها بلاء يمنع عن الجماع او كبرت حتى لا يستطيع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع او بها رتق يمنع الجماع او قرن كان لها النفقة وقال الحلواني اذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا التقييد للاول قال في الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها اولا قبل الدخول او بعده تجب وفي الاقضية لو كانت محرمة او رتقاء او قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء اصابتها هذه العوارض بعد ما انتقلت الى بيت الزوج او قبله فيما اذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية عن ابي يوسف لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطيها قبل ان ينقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى اهلها اما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لا يردها الى اهلها انتهى كله من الخلاصة وبه يظهر لك ما حكمنا به فيمن اختار قول ابي يوسف ثم عن ابي يوسف في التي مرضت في منزله اذا تطاول مرضها تصير كالرتقاء فيها **قوله** وتفرض على الزوج النفقة الخ قال المص والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متامل ان التكرار ليس بلازم اصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها ان تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة يفرض اذا طلبت فافاد ما قلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذي يلي الانفاق الا اذا ظهر عند القاضي مطله فح تفرض النفقة ويامره ان يعطيها لتنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وقيد اليسار اثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الغرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الاصلح والايسر ففي المحترف يوما بيوم لو ابي عليه ان يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا ونحوه وهذا بناء على ان عليه ان يعطيها معجلا او يعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي فذلك لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر او من الدهاقين فنفقة سنة بسنة او من الصناع الذي لا ينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه اكثر من قدر حاله له ان يمتنع عن اعطاء الزائد وفي الاقضية يفرض الادام ايضا اعلاه اللحم وادناه الزيت واوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الادام الا اذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك الى عرفهم ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح

ووجوه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا تفرض لاكثر من نفقة خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح

وتخيره وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما ان ينقله الزوج لها او يدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين ان يكون حيضها عشرة ايام فعليها او اقل فعليه واجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استئجار فلقائل ان يقول عليه لانه مؤنة الجماع ولقائل ان يقول عليها كاجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها من نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وان لم يتقاصا وتفرض الكسوة على كل ستة اشهر الا اذا تزوجها وبنى بها قبل ان يبعث اليها الكسوة فان لها ان تطالبه بها قبل مضي ستة اشهر والكسوة كالنفقة في انه لا يشترط مضي المدة وللزوج ان يدفع الى القاضي ليامرها بلبس الثوب لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة ستة اشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك لم يكفها فيجدد وللتبين خطأ في التقدير وان تخرقت لخوف استعمالها لا يفرض لها اخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة اشهر تفرض لها اخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة او بقي منها شيء في الشهر الآخر ايضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي ادب القاضي للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته ويسرته وذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكر محمد اصلا قال السرخسي لم يذكر محمد الازار لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسه في البيت والقاضي ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري ارخص ما يكون مما يدفئها في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم فذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا ان القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام عليه وينبغي ان يكون لها فراش على حدة ولا يكتفى بفراش واحد لهما لانه قد يعتزل عنها في الحيض والمرض وفي الاثر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا ارسل ثوبا فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له فان اقاما البينة على اقرار كل منهما بدعوى الآخر او على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة او قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة

قوله ووجهه ان كفايتها الخ ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها او اعم منه قال بعضهم المملوك فلو لم يكن لا تستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حرة كانت او امة لها او لغيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم لبنات الاشراف ويوافقه ما قيده به الفقيه ابو الليث كلام الخصاف حيث قال في ادب القاضي فرض ما تحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا اخبز ولا اعجن ولا اعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج ان ياتي بمن يكفيها عمل ذلك قال الفقيه

وقال أبو يوسف رح تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى اثنين ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في الكتاب إذا كان موسرا إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رح وهو الأصح خلافا لما قاله محمد رح لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي رح يفرق

هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بطعام مهيأ وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الإدام وهو الصحيح وقالوا إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى **قوله** وقال أبو يوسف لخادمين وكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب **قوله** ولأنه لو تولى الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الأقضية ولو قال الزوج أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن أبي يوسف في رواية أخرى إذا كانت فائقة في الغنى زفت إليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي **قوله** خلافا لما يقوله محمد وهو أنه إذا كان لها خادم يفرض لها لأنها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا وجه الظاهر أنها بحيث تكتفي بخدمة نفسها وإنما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه إلا حالة اليسار لأن المعسر إنما يلزمه أدنى الكفاية وهذا يخالف ما ذكر المص من لزوم اعتبار حالهما وأنه عند إعساره وهي موسرة ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا يجب لها النفقة لأن استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها إلى نفقة الخادم إنما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغازي إذا شهد الوقعة بلا فرس وإعني عنا الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله أعلم ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا وفي التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهري فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لأنك استخدمتهم فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لأنه بأمرها **قوله** ومن أعسر بنفقة امرأته الخ بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد وابن أبي سليمان وأهل الظاهرية ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاف الشرى بالنسيئة لتقضي الثمن من مال الزوج ويقول الشافعي قال مالك وأحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضرا أما إذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الأمر إلى القاضي فكتب القاضي إلى نائب يرى التفريق بالعجز عن النفقة فرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الإمام أبو الحسن السغدي نعم إذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة في هذا الجواب نظر فالصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه والصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الإمام الأستروشني فتكون الشهود علمت مجازفتهم فلا يقضى بها كما ذكر ظهير الدين واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بمعنى فقده وهو أن تتعذر النفقة عليها قال القاضي أبو الطيب من الشافعية إذا تعذرت النفقة عليها بالغيبة ثبت لها الفسخ

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا
ان حقه يبطل وحقها يتاخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال
وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قاله في الحلية وله وجه جيد فلا يلزم مجئ ما قال ظهير الدين قوله لانه عجز الخ استدلوا بالمنقول والمعقول اما المنقول فما في
سنن النسائي عن ابي هريرة عن النبي عليه السلام وساق الحديث الى ان قال وابدأ بمن تعول فقيل من اعول يا رسول الله قال
امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني ولدك يقول الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو
عنده من حديث سعيد بن ايوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن اسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني
ثنا ابو بكر الشافعي ثنا محمد بن بشر بن مطر ثنا شيبان بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث قال الدارقطني حدثنا عثمان بن احمد السماك وعبد الباقي
بن قانع واسمعيل بن علي قالوا اخبرنا احمد بن علي الخزاز ثنا اسحق بن ابراهيم الباوردي ثنا اسحق بن منصور ثنا حماد بن سلمة
عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن
بهدلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عنه عليه السلام مثله وقال سعيد بن منصور في سننه ثنا سفيان عن ابي الزناد قال سألت سعيد بن
المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته عليه السلام وغايته ان يكون
من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وانتم تقولون بالمرسل مطلقا واما المعقول والقياس على الجب والعنة بل اولى
لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت وايضا منفعة الجماع مشترك بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه
ففي المختص بها اولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا اعسر بنفقته قوله ولنا المنقول والمعنى اما المنقول فقوله تعالى
وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة ان يكون دينا في الذمة وقد اعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة
بالانتظار بالنص واما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانتظار عليها والاستدانة عليه تاخير
حقها دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان التاخير اولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج
ولا نفقة المملوك تصير دينا على المالك ويحيض المملوك لان في الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز
عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف
الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت ام ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي
عليه واما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه
اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا
زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل قال ربيعة عن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع
امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثا قال ثلثون من الابل قلت فان قطع
اربعا من اصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة
قال الطحاوي ولم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن ابي هريرة موقوفا عليه هذا

حالة الغريم على الزوج فإذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فإذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة ما مضى لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لأنه عوض

بعد تسليم صحته والأقعد روي عن سعيد كقولنا فاضطرب المروي عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر وأما المروي عن أبي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في أن رفعه غلط وإنما هو من قول أبي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله عليه السلام أفضل الصدقة ما ترك غنى وفي لفظ ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ويقول العبد أطعمني واستعملني ويقول الولد أطعمني إلى من تدعني قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبي هريرة فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق فكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على أحد الأمرين عينا وهو الإنفاق فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل وأشهدوا إذا تبايعتم يعني ينبغي أن يبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا وأما ما تقدم من رواية الدارقطني عن أبي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ورواية ذكره ابن القطان في الوهم والإيهام **قوله** إحالة الغريم على الزوج أي وإن لم يرض الزوج وفي التحفة فائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لأن الاستدانة إيجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهي أنها لا تسقط بموت أحدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره إن شاء الله تعالى وفي شرح المختار المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويحبس الابن أو الأخ إذا امتنع لأن هذا من المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا أن الإدانة لنفقتها إذا كان الزوج معسرا وهي معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأم والأخ والعم ثم يرجع به على الأب **قوله** تمم لها نفقة اليسار هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض وإن ما ذكره أول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله أو حالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها أن تطالبه بأن تزيد في الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص **قوله** وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لأن النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولأنه كان بشرط الإعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول هو **قوله** لم ينفق الزوج عليها بأن غاب عنها أو كان حاضرا أو امتنع والحاصل أن نفقتها لا تثبت دينا في ذمته إلا بالقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فإنه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينا إذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي تصير دينا عليه إلا إذا كانت أكلت معه بعد الفرض فإنها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الأصح **قوله** لأنها صلة أي من وجه **قوله** ليست بعوض أي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه

وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم ماتت لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد

وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح امر المعيشة والاستيناس هي عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وامور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد وتعليم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها او اصطلحا لان ولايته على نفسه اعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكانه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضي اليسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ اصلا وهذا حق وقد تم الوجه وقوله في الكتاب فلا تستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة في وقت القضاء فالقول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل ان يقول ينبغي ان تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة لحبسها **قوله** وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت نفقة هذا التقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما فاطلقه فشمل ما اذا كان القاضي امرها بالاستدانة او لم يامرها فوافق قول الخصاف والصحيح ما ذكره الحاكم الشهيد انه اذا كان امرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها اليه وهو القاضي فكان كاستدانته بنفسه فلا يسقط بموت احدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط **قوله** لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه موكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي ان يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تاكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا اثر الموت في سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان ابقى من ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحيوة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التاكد بالقضاء بها **فرع** ابرأ الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا او كذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت ابرأتك من نفقة سنة لا تبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض منها بتجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لم يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو ابرأته بعد ما مضى اشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر فيما يستقبل **قوله** وما بقي للزوج فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا ترد بالاتفاق لان العدة قائمة في مؤنة كذا في الاقضية **قوله** ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر ان يؤخذ منه ويعطى لمن يلي بعده من القضاة **قوله** وعن محمد وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلهذا اوضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد وكذا لو قبضت نفقة اشهر فمات احدهما والباقي شهر فاقل

فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفديه لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة **فصل** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى

لا يرجع بشيء وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها النفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وهل يقاس على الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط **قوله** فنفقتها دين عليه اي اذا قضى القاضي بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به او لم يعلم ثم علم فرضي فظهر السبب في حقه ايضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة اخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة لعدها اخرى الا في دين النفقة لانها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري فاما اذا لم يعلم المشتري بحاله او علم بعد الشراء او لم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه **قوله** باذن المولى لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ولو دخل بها طولب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا او مكاتبا او ولد ام ولد لا يباع في النفقة لعدم جواز البيع الا ان المكاتب اذا عجز يباع لانه قن قبل النقل هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لان امه ان كانت امة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك وعلى هذا مولاه لان ولده اجنبي منه وكذا المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة او امة لهذا المعنى وان كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه **قوله** في الصحيح احترازا عما عن الكرخي تنتقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ ابو الحسين القدوري هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت **قوله** وان تزوج الحر امة قيد الحر اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوئة وانما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بطريق الاولى فانه فاذا لم تجب على الحر الذي هو ادخل في اهلية وجوب المال عليه فيلزم ان لا يجب على ما ذكر **قوله** لعدم الاحتباس اي من الزوج والمنع من السيد والكائن لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها نفسها لحقها كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك **قوله** والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح في باب نكاح الرقيق ولا شك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه فاذا بوأها فقد ترك حقه ما دام لم يستردها واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فيما اسقط بل طلب حقه فيما يستقبل او الحال وله ذلك ولذا كان له ان يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا فكلما استردها سقطت فاذا ارجع فبوأها وجبت ولو خدمت المولى احيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد **قوله** والمدبرة وام الولد في هذا اي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة كالامة ولم يذكر معهما المكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة

فصل **قوله** ليس فيها احد من اهله واما امته فقيل ايضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه يحتاج الى استخدامها في كل وقت فاذا انفردتا في بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطأها بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا

مقرونا بالنفقة وإذا وجبت حقا لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار لأنها رضيت بانتقاص حقها وإن كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لأن المقصود قد حصل وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها لأن المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها في أي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنع من الدخول والكلام وإنما يمنعهم من القرار لأن الفتنة في اللبات وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل

بحضرة الضرة قوله مقرونا بالنفقة في قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فإن المراد أنفقوا عليهن من وجدكم وكذلك قرأ ابن مسعود والسكنى بالملك أو الإجارة أو العارية وجبت إجماعا قوله ليس له أن يسكنها معها قيل إلا أن يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله إسكانه معها قوله ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها اقتصر على الغلق فأفاد أنه وإن كان الخلاء مشتركا بينهما بعد أن يكون له غلق يخصه ليس لها أن تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الإمام لأن الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد من كون الخلاء مشتركا بينه وبين غير الأجانب والذي في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله إن أخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها أن تطالب بيتا ولو شكت أنه يضربها أو يؤذيها إن علم القاضي ذلك زجره وإن لم يعلم سأل من جيرانه فإن لم يوثق بهم أو كانوا يميلون إليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضي على خبرهم قوله لما فيه أي المنع من المكالمة من قطيعة الرحم في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع رحم وفيه من حديث أبي هريرة قال إن الرحم شجنة من الرحمن قال الله تعالى من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته الشجنة بكسر الشين وضمها قال أبو عبيدة قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة الوصلة قوله وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول إليها في كل جمعة ظاهر الخلاصة أن في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولهما فإنه قال في الفتاوى للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال وما هو في معنى الأربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه وترك الصلاة في رواية والغسل والخروج من البيت إلا إذا منعت من زيارة الأبوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا إذا أراد أبوها أو قريبها أن يجيء إليها على هذه الجمعة والسنة انتهى وقوله وهو الصحيح احتراز عما ذهب إليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن أبي يوسف في النوادر تقييد خروجها بأن لا يقدر على إتيانها فإن كانا يقدران على إتيانها لا تذهب وهو حسن فإن بعض النساء لا يشق عليها مع الأب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليهما وقد أشار إلى نقله في شرح المختار والحق الأخذ بقول أبي يوسف إذا كان الأبوان بالصفة التي ذكرت وإن لم يكونا كذلك ينبغي أن يأذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف أما في كل جمعة فهو بعيد فإن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا إذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروج الأبوين فإنه أيسر ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو يحتاج إلى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تعصيه مسلما كان الأب أو كافرا وفي مجموع النوازل فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن وخروجها إلى الحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فإن وقعت لها نازلة إن سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج وإن امتنع من السؤال يسعها أن تخرج بغير رضاه وإن لم يقع لها نازلة لكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسألة من مسائل الوضوء والصلاة وإن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له أن يمنعها وإن كان لا يحفظ الأولى أن يأذن لها أحيانا وإن لم يأذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم تقع لها نازلة وفي الفتاوى في باب القراءة المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج فإن أعطاها المهر ليس لها الخروج إلا بإذن

يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب

الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان او فحلا وكذا ابوها المجوسي والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلثة عشر او اثنتي عشر سنة ولا تكون المرأة محرما للامرأة وحيث ابحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغير الهيئة الى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالف فيه قاضي خان قال في فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت احاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها ما في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رض قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء امتي رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد وورد استثناء النفساء والمريضة رواه ابو داود وابن ماجة عن ابن عمر رض عنه عم قال ستفتح عليكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة او نفساء رواه ابو داود وابن ماجة وفي سندهما عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي وهو مختلف فيه قال احمد ليس بشيء وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء وكان يقوي امره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوي ووثقه يحيى بن سعيد وروى عباس عن يحيى بن معين ليس به باس وقال ابو داود قلت لاحمد بن صالح ايحتج به يعني عبد الرحمن بن زياد فقال نعم

قوله لم يعترف به وبالزوجية في حق المودعة كان ينبغي ان يزيد قوله والنسب في الولد والوالد لانه رتب على ما ذكره من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك اي كلا الامرين اما لو علم احدهما احتاج في القضاء بالدفع اليهم الى اقرار من عنده او عليه في الصحيح دون البينة قوله واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فانه اولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لهما مما في يده او عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات حق الاخذ لهما مما في يده او عليه اذا كان دينا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولاسيما مركب من لا النافية للجنس وسي بمعنى مثل قال الشاعر ﴿فاياكم وحية بطن واد ٭ هموز الناب ليس لكم بسي﴾ اي بمثل ولاسيما وهو واحد سيان من قولك هما سيان واصله سوي قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة او لاجتماعهما مع الياء وسبق احدهما بالسكون فان جررت ما بعدها واكثر ما يذكر مثلا في قولك اكرمني القوم لاسيما زيد فهو على ان ما زائدة مقحمة كقوله [illegible] الذي ... وان رفعته فعلى ان سيا مضاف الى ما وهي موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذي هو زيد وجاز كونه مضافا مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما اوسع من حذف المبتدأ مع ما ينضم اليه من كونه في خصوص ذلك الموقع وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع

فلا تؤدى منه نفقتها الى الحاضر كذا اذا كان المال دينا في ذمة مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقهم كالدراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقهم
اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما على قول ابي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب واما عندهما فلان كل قضاء على
الحاضر انه يرد امتناعه ولا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه قال في يأخذ منها كفيلا نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا
وبين الميراث اذا قسم بين ورثة بحضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك للمكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج وتحلفها بالله
ما اعطاها النفقة نظرا للغائب قال لا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء ووجهه ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي
اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا
فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب قال زفر يقضي فيه لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه
على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدقت وان قامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا
انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فتكافيوا اما النصب ما بعدها فقال ابن الدهان ان صاحب الغرة لا اعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في المستثنى بلاسيما سوى الجر
والرفع وذكرت بيت امرئ القيس ؎ الارب يوم لك منهن صالح ٭ ولاسيما يوم بدارة جلجل ٭ بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روي النصب
فيه ايضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل مجموع لاسيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذي تقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذلك
الحكم باثبات ما هو ابلغ منه فاذا قلت اكرمني القوم لاسيما زيد فقد اثبت له ابلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف احدى اليائين فقيل الاولى
لانها ساكنة وهو اضعف من المتحرك فكان حذفه اولى وقيل الثانية لانها لام والاعلال في اللام اولى **قوله** واذا ثبت في حقه بأوراره
ان حق الاخذ لها مما في يده تعدى الى الغائب ضرورة اورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع او بمديون للغائب
معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضي عليه بالدفع الى صاحب الدين واجيب بان القضاء ههنا متبع النظر للغائب ففي الامر بالانفاق نظر لها
ملكه الثابت بالنكاح وابقاء ما هو في معنى نفسه اعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير **قوله** فلانه لا يباع
على الحاضر حتى لو امتنع عن اداء الدين وعنده اموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره ان يبيع هو ويقضي فان لم يفعل حبسه ابدا حتى يبيع لان البيع
عليه حجر عليه ولا حجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع **قوله** ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة ثم اذا جاء الغائب فهو على حجته
في اعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها ان تأخذ بغير قضاء مما له شرعا واصله حديث هند امرأة ابي سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان
للغائب مال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية اطلق الاخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل افتاء والافتاء لا يمتنع لسبب الزوجية الا يرى ان من اقر بدين لغائب
وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الايفاء منه ايجابه الى ذلك **قوله** الا لهؤلاء وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويشارك
عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب **قوله** فنفقتهم انما تجب بالقضاء لا شك ان الوجوب ثابت
بدليله قبل القضاء حتى كان عليه ان ينفق عليهم اذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة
فلا يعين عليه قول الوجوب الا القضاء به فيتقوى تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفي الكافي لو انفق المديون او المودع نفقة هؤلاء
بغير امر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من انفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالانفاق من الوديعة
اولا لانه انظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة **قوله** وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها منها قول ابي حنيفة
اولا اذا جحد المديون والمودع الزوجية يسمع بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى
عينا في يد انسان انه اشتراه من فلان الغائب ثم رجع الى انها لا تقبل منه وهو قولها لانها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال
ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها اذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ثم رجع الى قولهما وقول
زفر في ذلك متقرر ونقل مثل قول زفر عن ابي يوسف فتوى عمل القضاة لحاجة الناس الى ذلك **فرع** في الفتاوى امرأة قالت
ان زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة قال ابو حنيفة ليس لها ذلك وقال ابو يوسف اخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه
الفتوى فلو علم انه يمكث في السفر اكثر من شهر اخذ عند ابي يوسف الكفيل باكثر من شهر وعن ابي يوسف ايضا لو كفل بنفقتها ما عاشت او كل
شهر او ما بقي النكاح بينهما صح وقال ابو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا او بائنا

فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا
اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض
لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف
ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا

بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لان العدة من احكام النكاح

فصل قوله وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلثا والمختلعة اذ لا مبتوتة عنده بغير ذلك الا ان تكون حاملا فان في بطنها ولده
وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فارسل اليه وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء
فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وامرها ان تعتد في بيت ام شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها اصحابي اعتدي عند ابن
ام مكتوم فانه رجل اعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن ابي سفيان وابا جهم خطباني فقال صلى الله
عليه وسلم اما ابو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة بن زيد فكرهته فقال انكحي اسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به واخرجه مسلم
ايضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه ايضا وقال فيه ان ابا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن ابي طالب رض فارسل الى امرأته فاطمة بنت قيس
بتطليقة كانت بقيت من تطليقاتها وعلى هذا تحمل رواية الثلاث على انه اوقع واحدة هي تمام الثلاث وامر لها الحارث بن هشام وعياش
بن ابي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة الا ان تكوني حاملا فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك
زاد ابو داود وفي هذا اسنادا ومسلم عقيب قول عياش بن ابي ربيعة والحارث بن هشام ولا نفقة لك الا ان تكوني حاملا وفي شرح الكنز
نسبه الى مسلم لكن الحق ما علمت وهو في رواية لمسلم ان ابا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله
ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب ان شرط
قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث عدم كل من هذه الامور
اما طعن السلف فقد طعن عليها فيه اكابر الصحابة ممن سنذكره مع انه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولا كون الراوي اعرابيا
فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع انها لا تعرف الا في هذا الخبر بخلاف فاطمة
بنت قيس فانها تعرف بذلك الخبر وبخبر الرجال حفظها مع طول صحبتها وادبها ثم قد ظهر لها من النفقة ما افاد علما وجلالة وقد رويناه في صحيح مسلم من ان مروان
ارسل اليها قبيصة بن ابي ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس
عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينكم القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة
مبينة الى قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فاي امر يحدث بعد ذلك فكيف يقولون لا نفقة لها
اذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو اعرابي فخبر منا ان رد عمر رض وغيره لخبرها ليس الا لما علموه
من رسول الله صلى الله عليه وسلم مما يخالفه وقد استقر الحال عليه بعد وفاته عند من بين السلف الى ان روت فاطمة رض هذا الخبر مع ان عمر رض لما
رده صرح بالرواية بخلافه ففي صحيح مسلم عن ابي اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالسا في المسجد الاعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي
بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فاخذ الاسود كفا من حصى فحصبه به وقال ويلك
تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندري حفظت ام نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة فقد اخبر ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى

والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت
حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت
رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت رضي الله عنه واسامة بن زيد
وجابر وعائشة رضي الله عنهم ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها

والذي يجب ان قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف اذا كان قائله عمر رضي الله عنه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وغاية ما يقال فيه ان تعارض روايتها برواية عمر فاي الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن
منصور حدثنا معاوية حدثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضي الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة فهذا شاهد
على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فنزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والفقه اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه
ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الصحابة
ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة رضي الله عنها الم ترى الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت فقال
الم تسمعي الى قول فاطمة فقالت اما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة اعلم باحوال النساء
فقد كن يأتين اليها ويستفتين عنه عليه السلام وكثر وتكرر وفي صحيح البخاري عن عائشة انها قالت لفاطمة رضي الله عنها الا تتقي الله تعالى يعني في قولها لا سكنى
ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل حدثنا نصر بن علي حدثني ابي عن هارون عن محمد بن اسحق قال احسبه عن محمد بن ابراهيم عن عائشة قالت لفاطمة
بنت قيس انما اخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على احمائها وكثر الشر بينهم فاخرجها عم لذلك ويفيد ثبوته عن عائشة رضي الله عنها ان سعيد بن المسيب
قد احتج به وهو معاصر عائشة رضي الله عنها واعظم متتبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في ابي داود
من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك
امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يدي ابن ام مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند
نفسه وكذلك هو والله اعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه ابو داود في سننه عنه وممن رده ايضا
اسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن ابن هرمز عن ابي سلمة
بن عبد الرحمن قال كان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان اسامة اذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى
فهذا انه هو الذي تزوجها بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان اعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حين بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بان
ذلك غلط منها او لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن او خيفة المكان فقد جاز ذلك ايضا ولم نظفر المخرج بحديث اسامة فاستغربه والله اعلم
وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب انا ابو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فانكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل
ان تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن ابراهيم ان ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة واخرج الدارقطني عن حرب بن
ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث ابي الزبير
عن جابر ما ذكر فيه السماع او كان عن الليث عن ابي الزبير وحرب بن ابي العالية ايضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وقفه على
جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر ان جابرا على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن واما بيان
الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فسألته وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه عليه السلام وفي بعض الروايات سمي الزوج ابا عمرو بن حفص وفي

ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة

بعضها أبا حفص بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين ابن المسيب وشريح والشعبي والحسن وقتادة والأسود بن يزيد ومن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فإن قيل فهذا العذر بتقدير ثبوته إنما استقام لك في السكنى والحال أنه صلى الله عليه وسلم قال لها لا نفقة لك ولا سكنى فإنا ليس علينا إلا أن نشتغل ببيان العذر عما رددت بل يكفي ما ذكرنا من أنه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولم يرو عن عمر في تركه كما هو في نفسه ما كان إلا أن الاشتغال بذلك حسن حملاً للمروي على الصحة ونقول فيه إن علم أنه كان لما سمعت وأما عدم النفقة فلأن زوجها كان غائباً ولم يترك مالاً عند أحد سوى الشعير الذي بعث به إليها فطالبت هي أهله على ما في مسلم من طريق أنه طلقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال صلى الله عليه وسلم لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لأنه لم يخلف مالاً عند أحد وليس يجب لك على أهله شيء فلا نفقة لك على أحد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه صلى الله عليه وسلم فجعلت تروي نفي النفقة مطلقاً فوقع إنكار الناس عليها ثم إن في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم أن المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية إنما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية في غير المطلقات أو في الرجعيات كان التقدير أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم فأنفقوا عليهن من وجدكم وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم أنه لا معنى لجعل غاية إيجاب الإنفاق عليها الوضع فإن النفقة واجبة لها مطلقاً حاملاً كانت أو لا وضعت حملها أو لا بخلاف ما إذا كانت في البوائن فإن فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على قدر ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإنه عام في المطلقات وقوله تعالى فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف يرجع إلى الرجعيات منهن وذلك حكم خاص ببعض ما تناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر **قوله** ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيها استيضاح على أن وجوبها لحق الشرع بمادة فإنها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ولا يعارض ذلك انقضاؤها إذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وإنما إذا مضت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في مسألة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه **قوله** وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية احترز به عما يجيء من قبل الزوج مطلقاً وعما يجيء من قبلها بغير معصية فإن لها النفقة فيهما والحاصل أن الفرقة إما من قبله أو قبلها ففي الأول لها النفقة مطلقاً سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أو جبه بعد الخلوة ويشكل على إيجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من أنه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها بيتاً ولا قوتاً عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته أو إيلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر أو إبائه الإسلام إذا أسلمت هي أو ارتد هو فعرض عليه الإسلام فلم يسلم لأن معصيته لا تحرم من النفقة وأما الثاني فإما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو إبائها إذا أسلم هو وهي وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لأنها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة وأما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة

بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم
الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث
ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

او وطئها ابن الزوج لها مكرهة تجب لانها حبست نفسها بحق لها او تعذرت شرعا فيه ولها السكنى في جميع الصور لان القرار في منزل الزوج حق
عليها فلا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطها بمعصيتها **قوله** بخلاف المهر بعد الدخول يعني انه يجب لها وان جاءت الفرقة
من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب لها وهو تسليم نفسها وتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية **قوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ
بالله سقطت نفقتها لا لعين الردة هنا لان الفرقة لم تجب بسببها فهي وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا تسقط
النفقة بالتمكين فهنا لا تسقط النفقة بالتمكين فهنا لا تسقط بالردة فانما تسقط في هذه الردة اذا اخرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة
كما اشار اليه المصنف في التعليل اما اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تحبس بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست او
لحقت فعادت الى الاسلام فرجعت الى بيتها عاد استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت الى بيتها مسلمة
او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر في الذخيرة لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى
ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة
فانها لو اسلمت وعادت الى منزله لا تجب لها النفقة لانها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود وتعودها الى المنزل مسلمة ولو كان بتمكينها
ولد زوجها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كان قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي
الاصل ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها النفقة بعده فلو
طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فاخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان اعادها الى بيت الزوج
تاخذ النفقة ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فارادان يبوأها مع الزوج في العدة وتاخذ نفقتها لا تجب النفقة و
اورد عليه لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانه تعود نفقتها واجيب بان النفقة كانت
واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها ان تعود فتاخذ وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو
تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الاياس فتعتد بثلاثة اشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة على نفقة العدة
بشيء معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال ان
يمتد الطهر بها واذا لم تطالب المعتدة بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة الا ان يكون مفروضة
ولو ابراته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح ولو ابراته عنها في عقد الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء بعوض
وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز واما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز ثم القول
قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وانفق عليها الى
سنتين فان قالت بعدها كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وانا حائل لم احض وقال بل ادعيت الحبل
كذبا وظهر كذبك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي الى قوله ويامره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل في سن الاياس
فتعتد بثلاثة اشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلثة اشهر وقال الفضلي لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة

جماعها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلثة اشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط انتهى من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيما رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الاول فرق بينها وبين الثاني ولا نفقة على الزوج الاول حتى تنقضي عن الثاني وان طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني ما دامت في حق الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر في المحيط وتاويله اذا تزوجت في بيت العدة اما اذا خرجت فلا والله سبحانه اعلم

فصل قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا والاولاد كبار فاما اناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له ان يواجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة او عمى او شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من ابناء الكرام لا يجد من يستاجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني ورايت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها احد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سياتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما ان يكون لهم مال اولا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكر حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب ان يواجره وينفق عليه من اجرته وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى امين كما في سائر املاكه وان كان لهم مال فاما حاضر او غائب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب شئ منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان اراد ان يرجع في مالهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد انه انفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن انفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقتهم عليهم وان كانوا صغارا اغنياء فكذلك ايضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار او كبار عاجزون والاب ايضا عاجز عن الكسب فالخصاف يتكففون الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال لان الاب اذا كان بهذه الصفة فنفقته في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك كذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم او لم يكتسب لعدم تيسر الكسب انفق عليهم القريب ثم يرجع على الاب اذا ايسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد او الام او الخال او العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا ايسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له اب الا انها ترجع في الاول وما نقل من قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وام موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده ويجعله كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد خلع امرأته وغاب

[illegible]

قال تعالى لا يستاجرها [illegible] وان رضيت [illegible] بمثل اجر الاجنبية [illegible] فكان نظر الصبي في الدفع اليها [illegible] زيادة لم يجبر الزوج عليه

[illegible] ونفقة الصغير [illegible] على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب

نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا وعلى المولود له رزقهن الآية ولانه جزءه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة

عنها فطالبت عليهم فعلى الدين لمانعتهم وعلى النساء الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجع عليه اذا كان بامر الحاكم قال القاضي هذا اذا كانت الصبية مستقلة قوله لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وجه الاستدلال انه واجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولاد لما عرف من ان تعليق الحكم بالمشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له فاذا وجب لنفقة غيره بسببه فوجوب نفقته نفسه اولى وحين ثبتت نفقته بطريق اولى تبين ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها في الحضانة التربية والارضاع سوى ان اللبن الذي هو مؤنته انما يستحيل لبنا من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما تحتاج المحتاج اليه للكفاية وقد تقدم في الكتاب ما يشير الى نفقة الخادم من نفقة المرأة وان كانت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزءه فكان كنفسه قوله وليس على الام ان ترضعه يعني في الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره قوله وهذا الذي ذكر بيان الحكم اي عدم الجبر بيان الحكم قضاء بمعنى انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضي عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع قوله وذلك اي عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فاذا لم يوجد او وجد ولم يقبل هو ثديا غيرها اجبرت على ارضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلواني ان ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدي ترك اجبارها الى التلف والى الاول مال القدوري والسرخسي وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذي لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته قوله معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها اي التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما قدمنا وقدمنا من اختيار الفقيهين الهندواني والسمرقندي انها تجبر على الحضانة وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه ثم لا يلزم المرضعة ان تمكث في بيت الام الا ان يشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان و تحمل الصبي معها اليه او تقول اخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي الى امه قوله وجه الاول لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله وهذا يعني عدم الاستيجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم ولو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها في الحكم والوجه واستغنى بما يكون تاخير ذلك وجه للاشارة الى انه المختار عنده وكذا في هذا الاطلاق القدوري المعتدة في قوله او معتدة وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم او من عادته تاخير ذكر وجه القول المختار والحاصل ان قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته للمعتدة عن ثلاث او بائن وكذا لا يجوز استيجارها للارضاع قوله وان انقضت عدتها فاستاجرها اعلم ان حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا لزمت والعجز مبطن فاقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع وداعية ضرا لوالدة ظاهر في عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه اذا امتنعت فاذا اقدمت عليه بالاجر وهي منكوحة او معتدة عن رجعي او مطلقا على ما هو الاوجه ظهر

وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد

عدم تجبرهما فيظهر الوجوب عليهما ولا احسن تستحق في مقابلة فعل الواجب ولا يخفى ان هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استاجرهما الارضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ومقتضاه ان لا يجوز بعد المدة ايضا كما قبلها وهذا لان الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن اعم من البائنات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها والمانع من الاخذ الاجرة هو الاستيجار بهذا الوجوب هو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع باجر ونهاية ما يقال ان الارضاع من النفقة وهي على الاب لا الام ويدفع فانه هذه النفقة اوجبها الذي له ولاية الايجاب على الام بعد ان اوجب رزقها اما باداراته التي قام بها منها وهي الفعل الاختياري واوجب عليها القيامة شديدا وهو يقتضي هذا الايجاب بالنص المذكور اعني يرضعن اولادهن والحق انه اوجبه مقيدا بايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشئ فيقوم الاجرة مقامه **قوله** وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبي مال والملك يعم جميع اصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب ان يبيعه وينفقه عليه كذا يعطي منه اجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة احد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاحتياجه فذاك ليس باولى من ايجاب نفقته ذاك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها تستحق لغرض آخر فنفقتها عليه وان كانت غنية اما الولد فنفقته للحاجة بقاءه اذ فيه حاجة فلا تجب على غيره كنفقة المحارم والله اعلم

فصل قوله على الرجل اي الموسر **قوله** واجداده يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا وفي جداته لابيه وجداته لامه وان علون **وقوله** واذا كانوا فقراء يوافق باطلاقه قول السرخسي حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب ان يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في الكد والتعب اكثر منه في التافيف المحرم بقوله تعالى ولا تقل لهما اف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي الغني **قوله** نزلت في الابوين الكافرين بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من اناب الي ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف ان يتركهما مع الجوع والعري وينقلب هو في النعم الا ان محلهما على غير الحربيين فاما الآباء الحربيون وان كانوا مستامنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بينهما وبين الآية الاولى عموم وخصوص من وجه فتصادقا في الابوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة بمن غير الحربيين وآية النهي في غير الابوين فتعارضا في الابوين الحربيين فتقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح ولقائل ان يقول النهي انما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين واخراج المسلمين من ديارهم اهل مكة فلا يتناول الابوين الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على الاخراج ولا يصح القياس على اهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لان الحكم على المجموع من تحقق القتال والاخراج منه ايضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا ايضا حربيون **قوله** واما الاجداد والجدات فلانهم

اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها بحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء فى معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا فى الدين ولا تجب على النصرانى نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصرانى لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق فى الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى فى القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا فى الاعلى اصل العلة وفى الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد فى نفقة ابويه احد لان لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ولا تأويل لهما فى مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهى على الذكور والاناث بالسوية فى ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما

من الآباء او الامهات ظاهر وانهم يدخلون فى اللفظ اعنى لفظ الابوين الذى هو مرجع الضمير من صاحبها فى الدنيا وفيه نظر فانهم فى مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على ابائنا صححوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فان اراد الحاقهم بالقياس فلا حاجة بل لا ينبغى ان يعلل حولهم فانهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم فى وجوده ويلحق بهم الاجداد ويعتبره فى عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم اياه فى عموم المجاز فى الامان ليدخل الاجداد مع ان الامان يحتاط فى اثباته وقوله ولهذا يقوم الجد الخ قيامه مقامه فى الوراثة وولاية النكاح والتصرف فى مال ولد الولد هذا ولو قال منهم من الوالدين والوالدات كان اقرب لان مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الابوان قوله اما الزوجة الخ عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها انه حيث اضاف ايجاب النفقة الى العقد فهو اضافة الى العلة البعيدة فان المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا قوله فكما لا يمتنع الخ الاحسن ان يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لان عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل اخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على انفاقه على نفسه محل نظر اما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا امره بالمعروف من ذلك قوله ولا تجب على النصرانى نفقة اخيه المسلم اظهار لبعض صور ذلك الكلى وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وقوله لان النفقة اى نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعنى بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد ان قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه يتعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله ع من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وسياتى الكلام عليه قوله فاعتبرنا فى الاعلى وهو دوام ملك اليمين اصل العلة وهو القرابة المحرمة وفى الادنى وهو النفقة العلة المؤكدة بالتوارث وهذا فى الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعنى انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث وشرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملك رقبة القريب فوقه فى القطيعة فاوجب فيها بالمؤكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغه فى القطيعة فانه لم يدفعه الا بالمؤكدة ثم قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والارث ليس بشرط حتى تجب النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم فالحق فى الجواب ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه فى صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذمى لانا نقول بل هو اثبات الحكم فى محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الاصلى لان نفيه مضاف الى اللفظ قوله لان لهما تأويلا فى مال الولد بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسياتى فى باب الوطى الذى يوجب الحد واخرج اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رض قال صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنه الترمذى فان قيل هذا يقتضى ان له ملكا ناجزا فى ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه البيهقى عنها مرفوعا ان اولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور واموالهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه مؤول انه تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولد ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شئ مع وجوده قوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابى حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين

والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز

كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الارحام وبه قال الشافعي واحمد والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث ولهذا يثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على ويجب التفصيل بين ان يكون للابن عيال او لا وعلى الكسب اجبارا او لا اجبر فيه الخلاف السابق بين تخريج شمس الائمة السرخسي والحلواني وعن ابي يوسف قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه ان يضم الاب اليه لئلا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف بطنه فقال عمر ـه كلوا في بعض بطونكم تعفوا به وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة ابيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية علمائنا وفي رواية انما تجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا او به زمانة يحتاج الى الخدمة اما اذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا لا فرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه ثم الاصل في نفقة الوالدين والمولودين انه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث وكذا لو كان له اخ شقيق وبنت بنت وان سفلت او ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقه فالنفقة عليها مع اشتراكهما في الميراث واذا كان للفقير والد وابن ابن موسران فالنفقة على الوالد لانه اقرب واذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة ان كان الميراث بينهما لقرب البنت فاذا استويا فالنفقة عليهما الا ان يترجح احدهما بمرجح وهما وارثان واذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا اذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهو على الولد لاستوائهما في القرب فيترجح الولد باعتبار التاويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما للاستواء في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس علي نفقته وقال الاب انا معسر ذكر في المنتقى ان القول للاب والبينة بينة الابن **قوله** والنفقة لكل ذي رحم محرم اي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لا من الاخبار بالجار والمجرور نائبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بكون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال احمد على كل وارث محرما كان او لا وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام وجهه انه يجعل الاشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضارة لا لايجاب النفقة فلا يبقى دليل على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يختص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب ووجه قول احمد انه تعالى علقها بالوارث فتقييد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة اجيب بادعاء شهرتها واستدل على الاطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا وابدا بمن تعول امك واباك واختك واخاك ثم ادناك ادناك وما رواه احمد وابو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يا رسول الله من ابر قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال اباك ثم الاقرب والاقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل عن اهلك شيء فلذي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثاني لا يفيد وجوب النفقة اصلا لانه جواب قول السائل من ابر وهو لا يستلزم كونه سؤالا عن البر المفروض لجواز كونه سؤالا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف

[illegible] قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا [illegible]
[illegible] هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل
النفقة على الاب [illegible] وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى
وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا والنفقة على الاخوات المتفرقات المعسرات
اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم
مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة
الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد انه
قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل عن ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير
[illegible]

بخلاف الاول ليس فيه اسماعا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينفي ان تجب على غيره فيثبت بحديث ابن مسعود من ابن القول بموجب العلة
على ان القائل ان يقول ان الوارث اسم للقريب فمخبر به خصوصا على رايكم وهو ان كل قريب وارث لتوريثكم ذوي الارحام مع تركه الاراد
به اهلية الارث في الجملة حتى قالوا اذا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اما قلتم الا ان ثبت قولنا انقطع بان ايجاب النفقة
لوجوب الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص هي المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لان التحريم انما ثبت للاصل
وهو الظاهر ان القرابة سبب التحريم في المحرمات من القرابات لان الافتراض اما ما هو وصل ويودي اليه قوله فان القادر على الكسب
غني بكسبه قوله لا على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا اخذ في البالغ الذي تجب نفقته من غير الوالد الزمانة حيث قال او
الابن الزمن البالغ ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر موسر على نفقة احد من قرابته
اذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب الا في الولد خاصة وفي الجد ابي الاب اذا مات الولد فاني اجبر الولد على نفقته وان كان
صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يؤيد قول شمس الائمة السرخسي بخلاف الحلواني على ما قدمناه قوله لان التنصيص على الوارث
تنبيه على اعتبار المقدار بطريق انه يفيد عليه ماخذ الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها
مثاله اذا كان له اخ شقيق او لاب واخت شقيقة او لاب فالنفقة عليهما اثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان
ميراثهما منه كذلك ولو كانا لام وجبت عليهما نصفين كارثهما ولو كان معهما اخ لابوين او لاب او عصبة آخر فاثلاثا على العاصب
ولو كان الاخ لاب واخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب لانه افضل قوله وجه الفرق اي بين نفقة الولد الصغير
والكبير الزمن قوله فاختص بنفقته لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ ليس للاب ولاية عليه ليكون في معنى
نفسه فاعتبر كسائر المحارم قوله على الاخوات المتفرقات بان تكون اخت شقيقة واخرى لاب واخرى لام اخماسا ثلاثة اخماسها
على الشقيقة وخمس على التي لاب وخمس على التي لام لان ميراثهن منه كذلك بواسطة الرد عليهن قوله غير
ان المعتبر اهلية الارث هذا هو الجواب الذي اسلفناه وقدمنا تقريره وايضاحه ان حقيقة الوارث غير مرادة فانه لمن تم به الارث
بالفعل وهو لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت ارادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث
والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم او عمة فان النفقة على العم
لاستوائهما في المحرمية واحراز العم الميراث في الحال لو مات فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والخال اثلاثا على العمة الثلثان و
يجعل المعسر كالميت والحاصل ان قوله اهلية بالميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم اما اذا ثبت محرمية
كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم واذا
اتفقوا في المحرمية والارث في الحال وكان بعضهم معسرا جعل كالمعدوم ثم وجبت على الباقين على قدر ارثهم كان ليس معهم غيرهم
قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب اي بنصاب الزكاة على ما روي عن ابي يوسف وعن محمد روايتان احداهما بما يفضل عن نفقة شهر والاخرى
بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه اربعة دوانق وجبت عليه الدانقان للقريب ثم حمل الروايتين على حاجة الانسان

والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة رح ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان

ان كان مكتسبا لا مال له ما فضل اعتبر فضل كسبه اليومي وان لم يكن بل له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر فان صار فقيرا انفقت نفقتهم عنه ومال السرخسي الى قول محمد في الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدي تيسير الاداء وتيسير الاداء في حقه اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد ارفق ومال الولوالجي الى قول ابي يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيقدر به وقال في الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكوة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة قوله والفتوى على الاول اي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول ابو يوسف وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر الا ان النفقة لما كانت حق الآدمي لنفسه تعتبر مجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حتى تجب لله تعالى بسبب الآدمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من اليسر ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا انفق ولم يبق له شيء سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب ان يعول عليه في الفتوى قوله واذا كان للابن الغائب مال عند ابويه فانفقا منه لم يضمنا لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة اذا ظفر بجنس حقه من مال من هي عليه جاز له ان يأخذه اذا قدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم ان ينفقوه على انفسهم اذا احتاجوا قوله قد بينا الوجه فيه عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء وهي قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان يأخذوا وان كان قضاء القاضي اعانة لهم قوله وان باع العقار لم يجز ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا او مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا قوله لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ وقرر في النهاية وجه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما فيه تحصيننا على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشد ليس معتبرا في انقطاع ولاية الاب فانه اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يونس منه الرشد او يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى تنفذ ان يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قالا في جواب ابي حنيفة رح هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف في باب الحجر قوله وكذا لا تملك الام في نفقتها مع انها مساوية للاب في استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضي ان يحكم ببيع عدم ولايته قوله ولابي حنيفة رح حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصي فلان يملكه الاب اولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون له ولاية ويستفيدها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ وليس له البيع لكن نقل في الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان ووجه رواية الاقضية ان في معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الاتفاق فمراده ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليها اما بيعها لنفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ قوله فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى لا ضمان

فعلم انه كان متبرعا به واذا قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضى بالاستدانة عليه لان القاضى له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا فى ذمته فلا يسقط بمضى المدة

فصل وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام فى المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله

عليه ولو مات الغائب حل له ان يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفى النوادر لو لم يكن فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى لا يضمن استحسانا وقالوا فى رفقة فى سفر اغمى على احدهم او مات فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من اصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا سألهم محمد فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا يخرج عن محيشار كتب تلميذ له مات فانفق فى تجهيزه قليل لانه لم يوص بذلك قال قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا فى عبد ماذون مات مولاه فى بلاد بعيدة فانفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ فى مسجد له اوقاف ولا متولى له فقام رجل من اهل المحلة فى جمع ريعها وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصير والحشيش لا يضمن استحسانا **قوله** فظهر الخ يعنى اذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه الا بوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما **قوله** فمضت مدة سقطت هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضى مامور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كلما مضى يسقط لم يكن استيفاء شئ ومثل هذا قدمناه فى غير المفروضة من نفقة الزوجات **قوله** لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة وعن هذا ما قدمناه من انه لو اعطاهم نفقة او كسوة فسرقت او هلكت كان عليه اخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك فى حق الزوجة ليس عليه اخرى حتى تنقضى مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا للحاجة بل للاحتباس فى تلك المدة وبالتلف قبل مضى تلك المدة لم ينتف الاحتياج عنها **قوله** الا ان ياذن القاضى بالاستدانة فلا تسقط وان كان فى نفقة ذوى الارحام لما ذكر فى الكتاب وما ذكر فى زكوة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكوة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محمله فى نفقة الاقارب ما اذا اذن القاضى فى الاستدانة واستدانوا لتحقق احتياجهم الى وفاء الدين اما اذا لم يستدينوا بل اكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسى وحكم به كثير من القضاة المتاخرين ونصروه وقيد والاطلاق الهداية به وقيل محمله اذا قصرت المدة بان يكون شهرا فاقل والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل قوله وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبى والاولى ان يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب احدهما فانفق الآخر بغير اذن القاضى وبغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا انفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان المنفق احدهما فى مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير امر القاضى فهو متطوع كذا فى الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل فى يده امة ان هذه حرة قبل القاضى هذه الشهادة او ادعت الامة او جحدت ويضعها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذى كانت فى يده انتهى ولو ان عبدا صغيرا فى يد رجل فقال لغيره هذا عبدك اودعته عندى فانكر يستحلف ما اودعه ثم القاضى ينفقته على من هو فى يده لانه اقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه فى يد نفسه والقول له فى الرق والحرية والحديث الذى ذكره فى الصحيحين من حديث ابى ذر انه عليه السلام قال هم اخوانكم

فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رح انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم

اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم ورواه ابو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رض قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلوة الصلوة اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد والمراد من جنس ما تاكلون وتلبسون لا مثله فاذا البسه من الكتان والقطن وهو يلبس منها الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله اعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد قوله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا على انفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له ان يتناول منه الا اذا نهاه عن الكسب اما اذا كان عاجزا عن الكسب فله ان يتناول من مال السيد اذا ابى ان ينفق عليه قوله بان كان عبدا زمنا يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن ان يؤاجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البناء وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام ثبوته هنا اولى وكذا اذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة اجبر على الانفاق او البيع بخلاف المدبر والمدبرة وام الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدروا على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء ولو اعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس منهما محرمية وان كان عتيقه له كابن العم قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضي على ترك الانفاق عليها لان الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له ويعتمد اهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون آثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث امرأة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي اطعمتها ولا هي ارسلتها تاكل من خشرات الارض وذكر المصنف انه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان يعني ما تقدم من رواية ابي داود لا تعذبوا خلق الله ونهيه عن اضاعة المال وهو ما في الصحيحين من انه عليه السلام كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ذكر انه يكره في غير الحيوان ان لا ينفق عليها كالامالاك من الدور والزروع فانه يؤدي الى ضياع المال وعن ابي يوسف رح انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك واحمد وغايته ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للآبي اما ان تبيع نصيبك من الدابة او تنفق عليها رعاية لحق الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك فرع وتجب النفقة على من له النفقة ما لو كان له خدمة عبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو اوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله اوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى انا ابنيها سكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو ان يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه لا يكون متبرعا وكذا لو اوصى بنخل لواحد وبثمرتها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي الينابيع والتحفة ان بقي من ثمن ماله شيء فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق فالتخلية عليهما لان المنفعة لهما واقول ينبغي ان يكون على قدر قيمة

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك

ما يحصل بكل منهما والا يلزم ضرر صاحب التكميل الا يرى الى قولهم في السلم اذا اوصى بحبة لواحد وتنحيره لآخر ان النفقة على من له الاهمين لبعده عدمها وان كان قد يباع ويبتغي ان يجعل كالحنطة والتبن في ذي البيت الا ان الكسب يباع تعلف البقر وغيره ولذا اقوال فيما عن محمد ذبح شاة فاوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح اجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ونفقة المبيع قبل ان يقبض قيل على المشتري لانه يكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع ما دام في يده ويجوز وضع الغرامة على العبد لا يجبر عليها الا ان اتفقا على ذلك والله سبحانه اعلم

كتاب العتاق

قوله اشترك كل من الطلاق والعتاق في انه اسقاط الا انه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع واما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا فهذه انواع الاسقاطات باسمائها لتنبيه اليها مع اختصار وتسمى اضافة البعض الى الكل وهذا ظاهر قولهما وعلى قوله بتأويل الاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا انه قدم الطلاق لمناسبة وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلا له بمقابله وهو النكاح ولانه يقع محله بشرط وجوده فكان متصلا بما هو من بيان احكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم بين نفس الحكم المتعلق لانه في بيان ان يملكه على اي وجه من اصل الحرمة والندب والسريان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن فان الرق اثر الكفر فالعتق ازالة اثر الكفر وهو احياء حكمي لموت حكمي فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم تذق حلاوتها العليا فصار كان لم يكن له روح قال تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ثم اثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب اهلية لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع اليه بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلوة الجمعة والحج والجهاد وصلوة الجنازة وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله اعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الاكبر فوقع احياء معنى باحياء معنى اعظم احياء كما ورد به الاخبار عن سيد الاخيار من الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال ايما امرئ مسلم اعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى الفرج بالفرج اخرجه الترمذي في الايمان والنذور ورواه ابن ماجة في الاحكام وابا ثور في العتق واخرج ابو داود وابن ماجة عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وايما امرأة مسلمة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار ورواه ابو داود ايما رجل اعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزي مكان عظمين منهما عظم من عظامه وهذا يستفيد بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لا تظهر خفة لعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك احد في عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيق العتق سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها بالقوة تأثيرها وباعتبار القدم او السبق جاء بيت ابن حجر حيث قال حل السنة عتقت قديما وليس لها ان طلبت مرام يعني قدمت وانها لا ترام بحال ابدوا ابن الله قد علمت معد على وجابتي بني حرام المعنى انه

ولاملك المملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا لو قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية

سلف من قديم انه لا يقدر ولاية في تجارته وكذا قول عتقت اذا سبقت في ذلك الفصل القوة والعتق ايضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه في الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكر انه يقال للكريم يعني الحسيب وقيل قالت امه لما وضعته هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد وقيل هو اسمه العلم فيمكن ان يكون سبب وضعه له الجمال او تفاؤلا بالحسب المنيف او بعده الموت كل هذه المفهومات ترجع الى زيادة قوة في معانيها واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قاله المصنف والعتق في الشرع خلوص حكمي يظهر في الآدمي كما قدمناه ثابتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فمن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن ان يكون هذا المعنى من افراد المعنى اللغوي ومن هذا قال في الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المفسر بها لغة اعم من كونها في البدن او ما يرجع الى معنى آخر ولذا اطلقوه في تلك المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع الى معان مختلفة الا انه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية والتحرير اثبات الحرية وهو الخلوص يقال طين حر للخالص عما يشوبه ومنه يقال ارض حرة لا خراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد انت طالق مع عتق مولاك اياك وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب الى الله تعالى واما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد يكون الاقرار بحرية عبد انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل في دار الحرب ولم يشعر به عتق عند ابي حنيفة وكذا ان زال يده عنه بان هرب من مولاه الحربي الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره وهو نفسه ركن الاعتاق اللفظي الانشائي وشرطه ان يكون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختيار انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم في تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجد بلا اختيار ومن الكافر فقد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب او يرتد او يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد والقربة ما يكون خالصا لله تعالى فتحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والندب والاباحة والتحريم في عتق العبد الذي ما لم يخف ما ذكرنا اجزل لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه واما ما عن مالك انه اذا كان اعلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه افضل من عتق المسلم لقوله عليه السلام افضلها اعلاها بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين لانه تمكين من مقاصده وتفريغه واما ما يقال في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقادات والفها فلا يرجع عنها ولذا شاهدنا الاحرار بالاصالة منهم لا يزدادون الا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته فالوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين واما تفريغه لتأمل فيسلم فهو احتمل والله اعلم قوله ولا ملك للمملوك هذا عندنا فقالوا ان مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضي الله عنه انه عليه السلام قال من اعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه احمد وكان عمر اذا اعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل وللجمهور ما عن

ولكن لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لا يعتق لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون المعتق في ملكه
حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده او لامته انت
حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او قد اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه
الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار
فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله

ابن مسعود انه قال لعبده يا عمرو اني اريد ان اعتقك عتقا هنيا فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ايما رجل اعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الاثرم **قوله** وكذا اذا قال الصبي الخ وكذا اذا قال المجنون اذا افقت فهو حر لا ينعقد لانهما ليسا من اهل الشرط لعدم الاهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا **قوله** لقوله عليه السلام الخ روى ابو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو احسن شيء روي في هذا الباب وقوله حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة **قوله** لان هذه الالفاظ صريح فيه الالفاظ التي تستعمل لانشاء الاعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق باي صيغة كان فعلا او وصفا او مصدرا فالفعل نحو اعتقتك وحررتك واعتقك الله على الاصح وقيل بالنية والوصف نحو انت حر محرر عتيق معتق ولو في النداء كيا حر ويا عتيق فانه كهذا حر والمولى كقوله هذا مولاي او يا مولاي يعتق وان لم ينوه ثم حكم الصريح ان يقع به نواه او لم ينوه لانه لو نوى غيره لا يصدق قضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع اذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي ان يكون هذا اذا لم يكن هازلا فان كان هازلا فانه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وان نوى غيره وهو الكذب هزلا وهذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن عن ابي يوسف عن اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن ابي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق او عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا في ذلك فانه يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر يعني محمدا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من تكلم بعتاق او طلاق او نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة ورد بانه خلاف الحديث وهو قوله عليه السلام لذلك القائل اليسا سواء فك الرقبة ان يعين في عتقها وقوله تصبح حرا اضافة للعتق وتقوم حرا وتقعد يعتق في الحال ولو قال انت حر النفس عتق في القضاء وان قال في فنائك او قال اعلاك لا يعتق كذا روى محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة وقال انا اروي انه يعتق اذا اراد به الحرية وعن ابي يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد وبادنى تامل يظهر ان لا فرق بين هاتين العبارتين في المعنى فاذا كان كذلك فالخلاف بينهما على هذا النقل وعن احمد انه صريح وهو مستبعد **قوله** لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا على وجه تبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك امارة الوضع فوافق قول الايضاح وغيره حيث قال الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية **قوله** فاغنى عن النية يعني انه لا يشترط النية لثبوت العتق اما نية عدمه بان ينوي به شيئا آخر فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سنذكر **قوله** والوضع اي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الى الذي عين الواضع صيغته للدلالة على مضي حدثه الى شيء ليفيد الاخبار بانه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعل لاثبات امر لم يكن من وضع آخر له والحاصل ان الحاجة قائمة الى اثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من وضعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الالفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لان اهل اللغة ايضا يثبتون هذا المعنى اعني تحرير العبيد والاماء ببعض هذه الالفاظ فقوله فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ولا شك انه الشارع ويفيده

ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه ناداه بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقا له فيما اخبر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء

قوله كما في البيع فيه انه يجب ان المراد بجعل الشارع تقريره ولذا في الطلاق والعتاق وقد قدمنا في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب فيه ان الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا للاخبار قبيله وكلام الكافي في العتق ايضا مثله وهو يقتضي انه على خبريته لم يجعل انشاء اصلا وعلى ما اوردنا في المعنى في الطلاق ولفظه في البيع يخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان مرادا مشتبها والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو اذا كان الخطاب للعبد او بالاشارة كقوله هذا حر فانه يعتق به ايضا والوضع بعيد باعتبار خصوصهما مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعا جديدا فيكون ثبوت العتق عنده بحكم الشرع اقتضاء تصحيحا للاخبار كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير النداء فالتقرير فيه لا يثبت وفيما يليه اقتضاء على ما سيذكر المصنف هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك لنفسك او بعتك نفسك منك فانه يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا انه اذا اوجبه لآخر يتوقف على قبوله واذا اوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد اما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول **قوله** ولا يدين لانه خلاف الظاهر بخلاف ما لو قال عنيت انه كان حرا في وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي دين وان كان مولدا لا يدين كذا في الغاية

فروع في البدائع دعا عبده سالما فاجابه آخر فقال انت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى انما يعتق الذي عناه ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم لانه لا مخاطب الا سالم وفيه قال لعبده انت حر او لزوجته انت طالق ثم قال عنيت به من العتق والطلاق دين لانه ابهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا انها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتتوقف على النية ولو قال انت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار حرا في شيء صار حرا في كل الاشياء **قوله** هذا هو حقيقته وتكلم في النداء في مواضع اولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد اي في مسألة يا ابني ثانيها فيما اذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد او ناداه يا حر انه يعتق فقال لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وهذا معنا يفيد ان عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقا له ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا ضمنا فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فيثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه وهذا يفيد ان ثبوتها اقتضاء تصحيحا لاخباره الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا اخي حيث لا يعتق فنذكره وفيه في ثبوت الاعتاق قيد آخر وهو ان يكون ذلك الوصف الذي عبر عن المنادى يمكن اثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل مجردا علامة للاستحضار والنبوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو تخلق من ماء غيره كان ابنا له قبل النداء لا به **فرع** في جامع الفقه قال لعبد غيره يا حر استقني ثم اشتراه يعتق قيل هذا نقض للقاعدة اجيب بانه يمكن اثباته حال النداء بان اعتق عبد غيره واجاز المولى فانه يعتق **قوله** لان مراده الاعلام اي اعلام العبد باسم علمه ليحضر هذا اذا وقع هذا اذا كان علمه معلومة فيكون قصد غير استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا ان يريده فيعتق ح **قوله** او قال لامته فرجك حر اي خصوص الامة لان قوله للعبد ذكرك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها اسفل حرك على حرام لم يذكر العتق لا يعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفي لسانك يعتق لانه يقال هو لسان القوم

وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك
لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك
ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل واللزوم عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية
وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد
إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى
الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني

وفي الدم روايتان ولو قال لعبده فرجك حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر بهما
عن البدن وفي العنق روايتان والأولى ثبوت العتق في ذكرك حر لأنه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وقال
فحل ذكر وهو ذكر القوم **قوله** وسيأتيك الخلاف فيه عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك القدر وعندهما يعتق كله وهي
مسئلة تجزي الإعتاق الآتية **قوله** ولو قال لا ملك لي عليك شروع في الكنايات الحاصل أن ما ليس بصريح
من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه فالأول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك
خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رح وقوله لأمته أطلقتك أو أنت مطلقة وقال
لعبده أنت حر حقيقة في الجميع إن نوى ولو قال أنت لله أو جعلتك لله فعلى ما روي عن أبي حنيفة لا يعتق وإن نوى لأن الأشياء
كلها لله تعالى بحكم التخليق وعندهما أنه يعتق لأن الخلوص لا يتحقق إلا بالعتق والثاني نحو أن يقول لعبده أنت مني ولأمته بنت مني أو اعتدي
أو أنت برية أو بائن أو بتة أو اخرجي أو اعزبي أو استبرئي أو تقنعي أو اذهبي أو اختاري فاختارت نفسها لا يثبت العتق بها وإن
نواه وكذا أطلقتك كذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر وكذا إذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى
وفي المنتقى اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق لمالكه وقال
بعض المشايخ يعتق إذا نوى كقوله لامرأته أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير موليا إن نوى الإيلاء **قوله** لأن السلطان
عبارة عن اليد قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد السلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد أنه المحقق معنى لأنه قال
وسمي السلطان به لقيام يده فاقتضى أن المعنى الحقيقي الأصلي للسلطان هو اليد وتسمية غيره للاتصاف بها مما يسمى مجازا بالفعل لا لغة
ثم قيل هو مشترك بين الحجة واليد لقول ابن عباس كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد فإذا قال لا سلطان لي عليك فإنما نفى
الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب بخلاف نفي السبيل لأنه نفي الطريق والطريق للمالك لازم حقيقة فيجعل كناية عن الملك لأن الطريق
ما يتوصل به إلى غيره وللمالك في العبد ما يتوصل به شرعا إلى إنفاذ التصرفات فإذا نفى جعل كناية عنه عتق إذا أراده بخلاف السلطان فإنه اليد
حقيقة ونفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب فلا يجعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والمكاتب يثبت بالأداء الكشف بياوتيع
له وإنه لا يجوز وكذا لا حجة لي عليك واعلم أن بعض المشايخ مال إلى أنه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك ونية ذلك الإيقاع
وقال بعض المشايخ إنه ليس ببعيد وعن الكرخي رحمه الله لم يتضح لي الفرق بين السلطان والسبيل ومثله عن الإمام الأتقاني له
مثل هذا الأول المحل مشكل ووجهه ما يرآة أولا أن اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة فإذا قيل له
سلطان أي يد بمعنى الاستيلاء وقد صرح الكشاف بأن السلطان يراد به الاستيلاء وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء
حقيقة أو مجازا فصح أن يراد به ما يراد بنفي السبيل بل أولى بأدنى تأمل وأما ثانيا فالمانع الذي سببه من أن يراد به العتق وهو
لزوم أن يثبت باللفظ أكثر ما وضع له غير مانع إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي للإبانة وفي ذلك كله ثابت
في المجازات العامة فإن مالمعنى الحقيقي فيها يعبر عن أفراد المعنى المجازي كذا هنا يعبر به عن زوال اليد أو فيها الحق أو زوال الملك

وثبت على ابنه حتى ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته وتوجيه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل

قال في التتمة انما يشترط لان ينفي السلطان عن الاكتساب **قوله** وثبت على ذلك قيل هذا قيد اتفاقي لا معتبر لهذا لم يذكره في المبسوط وذكر في الينابيع الثبات ليس بلازم وفي النهاية رأيت بخط شيخي وفي شرح القدوري لابي الفضل اراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يرجع لان الكرخي والشفعة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفي اصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق ويوافقه ما في المحيط وجامع شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك اوهمت او اخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز اصر على ذلك ام لا قالوا هذا في معروفة النسب اما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والا جاز قال في المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب دون العتق لان ثبوت النسب يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق بناء على ما سمعت من التزوج ونكاح من اقر بنسبها في مختصر الكرخي اذا اقر في مرضه باخ من ابيه وامه او ابن ابن او بعم وصدقه المقر به ثم انكر المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصى بماله لرجل ولا وارث له فان المال كله للموصى له لا شيء للمقر له لان المريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابني هل تصير امه ام ولد له اذا كانت في ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب او معروف النسب وقيل تصير ام ولد في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير ام ولد وان كان مجهولا حتى ثبت نسبه منه صارت ام ولد له وهذا اعدل **قوله** اذا كان يولد مثله لمثله يعني اذا كان مثله في السن يجوز شرعا ان يكون ابنا لمثل المدعي في السن هذا هو المراد لا المشاكلة حتى لو كان المدعي ابيض ناصعا والمقر له اسود حالكا وبالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب **قوله** وان كان ينتظم الناصر قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا عليه الصلوة والسلام واني خفت الموالي من ورائي **قوله** فتعين الاسفل فالتحق بالصريح اورد عليه شارح انه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقوله لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل يحصل له النصرة بهم سلمنا انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادي انا عنيت الناصر بلفظ المولى الدالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على ان المراد الاسفل والمعتبر ارادة الناصر وتحرم هذا في نهاية المكابرة انتهى والجواب ان قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد ان اراد دائما ممنوع لجواز ان ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ومنعه ان المولى لا يستنصر بعبده ولا يليق بما استدل به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا اخرج امرا لا يعتمد على النصر بعبده بل ببني عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فان دعاهم وناداهم لذلك من كونهم هم ينصرونه واما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه اراد الكناية قطعا فانه يقول هذا الصريح وهو قوله اردت الناصر بلفظ المولى انما قاله بعد قوله هو ملحق بالصريح في ارادة العتيق فانه ثبت حكمه ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبل قضاء والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه لو اراد الناصر لم يعتق فاين المكابرة واعلم ان في المسألة خلافا فذهب بعض المشايخ انه لا يعتق في هذا مولاي الا بالنية وانه بين الصريح والكناية **قوله** وقال زفر لا يعتق في الثاني وهو يا مولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك واحمد لانه

بخلاف ما ذكره لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان إكراما محضا. ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير للابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم أنه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو كقوله أعتقتك قبل أن تخلق أو قبل أن أخلق ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته إما إجماعا أو صلة للقرابة وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا

يراد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي أفادوا أنهما من الكنايات بالاتفاق فإذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وكذا في يا سيدة وقيل إنه يعتق بهما وإن لم ينو وقيل إذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في سيده والمختار أنه لا يعتق فيهما إلا بالنية **قوله بخلاف ما ذكر** وهو يا سيدي يا مالكي لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا العبد العتيق لأنه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه أن حقيقته متعذرة والغرض أن المتكلم غير عابث فيتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز أن يريد مجازه الآخر الذي هو الإكرام فلا يتعين لأحدهما إلا بالنية فقلنا إذا نوى به يا سيدي العتق عتق أما إذا لم يكن له نية صير إلى الأخص الذي هو الإكرام لأن زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال إلا بالنية بخلاف يا مولاي فإنه حقيقة في الأسفل فيثبت العتق بعد انتفاء تحقق الآخر بالنافي **قوله ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لأن** النداء لإعلام المنادى بمطلوبية حضوره فإن كان بوصف يمكن إثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف قصدا لتقابله له كما سلف وإن لم يرد تحقيقه ولذا ... لا يمكن إثباتها من جهة المعتق إلا تبعا لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسألة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل إذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله لو قال لعبده يا عمي يا خالي أو يا أبي يا جدي أو يا ابني أو لجاريته يا عمتي يا خالتي أو يا أختي أو لعبده يا أختي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجه يرتفع به ما أورد أنه إذا كان المقصود من النداء استحضار الذات لا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهة المنادي بذلك اللفظ حمل على إثباته مع النداء وإلا فلا ولا شك أن الابنية لا يمكن إثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره فقول المصنف لأنه لو خلق من ماء غيره إلى آخره لا فائدة فيه للتنصيص بأنه إذا خلق من مائه لا تثبت الابنية إلا بذلك التخليق من ذلك الماء لا باللفظ ونداء على أن ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لأن ما يثبت لتصحيح غيره كونه غيرا صريحا يتجافى بالتضمن الثابت بالوصف على ما قدمنا تقريره في يا حر مسامحة لعدم اختلاف الجواب وإن ثبت الحرية فإن قدر ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني أو إثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها إلا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقيق وصف الابنية غير أنه يستلزم ثبوت النسب إذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق إذا كان معلوم النسب **قوله لهم أن هذا كلام محال** أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو لفظه وإذا عد لغوا لم يوجب حكما أصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق كما أنه لما لغا قوله أعتقتك قبل أن أخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على أن شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الأصل فإن المجازي ليس محالا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بأن يكون مثلا مبتدأ وخبرا من نسبة ... وجه في المبنى سهو يجعله الفرع ونحوه وبه يعرف أن استدلال المصنف كله في غير محل النزاع لأنهم لا ينكرون أن البنوة سبب للعتق وأنه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الأصل أي الحقيقي فتحرير محل النزاع أن يقول اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى التخلف به والأصل أن لا يصار إلى المجاز إلا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعين المجاز بدليل آخر واختلفوا في جهة الخلفية فعندهما الخلفية فيما في الحكم يعني أن الحكم الذي يثبت بالمجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي يثبت بنفس هذا اللفظ إذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند أبي حنيفة في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في ثبوت الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الأصل والأول أوجه إن كان

الحرية لازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في صحيحهم من طرق المجاز ... بخلاف ما استشهد به لأنه ازد
لما ان المجاز تتعين لالغاء ومن تعلات ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه لان
كان القطع سبب الوجوب للمال لان القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى
وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله
مجازا عنه ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثله فهو على هذا الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان
هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا
عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

معنى الآخر صحيحا لانهم لم يحكوا اختلافا سوى في جهة الخلفية فقط وقيل يكون فيها في الاصل ايضا انه نفس اللفظ الذي هو المجاز في
الاستعمال الحقيقي او الانتقال الذهني ينتقل من ذلك الى المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الاسلام في تحريره قول ابي حنيفة يشترط
صحة الاصل من حيث انه مبتدأ وخبر موضوع للايجاب بصيغته فاذا وجد وتعذر الحمل لحقيقته اسبغ الآخر ما ذكره ولا شك ان
صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي انما هو في هذا ابني للاكبر سنا فصح اللفظ ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل لهما
بانه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من امكانه
الا استحالة لان الموقوف على المحال محال وهو القياس على مسألة الحلف على مس السماء وشرب ماء في هذا الكوز ولا ماء فيه
حيث يحنث عقيب اليمين في الاولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة خلف عن البر ولما امكن البر
في الاولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم تنعقد فتبين ان الخلف يعتمد قيامه امكان
الاصل وتارة بان الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين الحكمين من جهة ما هو المقصود عنه اولى من غيره واجيب
عن الاول بان توقفه على فهم الموضوع له على انه غير مراد لينتقل عنه الى اللازم المراد فهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج
وتجيب عن الثاني ان تلك الخلفية بين حكمين شرعيين ومعنى خلفيته حكم شرعي للآخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر
امتثال الاول وهذا فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالكفارة في الحلف على مس السماء فلو ضرب
فلا يتصور شرعا خلف استحال اصله لانه لا تعلق اذ ذاك ولم تجب في مسألة الكوز لعدم تعلق وجوب البر فظهر انه لا ملازمة
بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ
مجازا فظهر بما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث ان هذا تصرف باللفظ بان يستعمل
في غير ما وضع له واخرى فيما لم يوضع له لم يعلم من جهة اهل اللسان انهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز به ولا يحتاج
سوى الى ادراكه الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لتفصيل المستعمل العلاقة فانه ما لم يتصورها لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى مجرد
فهمه ايضا غير مقصود بالذات فاشتراط امكان وجود معنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز
زيد اسد فانه وزان هذا ابني للاكبر سنا فان المعنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الانسان اسدا والاتفاق على
جوازه بل وعلى بلاغته وما فرق به من ان هذا استعارة جملة بخلاف هذا اسد لان المجاز في نسبته دون الالفاظ ممنوع واذا
ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق يتجوز فيه تعين تجوزه او لم يقل لا مراد ما جعلنا ملغى كلام العاقل
وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكه استعمالا لاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا دخل في
الوجود عتق ديانة وقضاء والا فقضاء ولا تصير امه بذلك ام ولد له بخلاف اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق لانه لا طريق فيه للمجاز فلغا
ضرورة قوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخر لهما وهو ما اذا قال لآخر قطعت يدك خطأ فاخرجهما
صحيحتين فانه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فاجاب بان لغوه ليس لتعذر الحقيقي

ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يعتق ووجه الروايتين ما بينا ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف
وقد قيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح
وان قال لامته انت طالق او بائن او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رح تعتق اذا نوى

بل للتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي القطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا من حقيقة
القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع ايجاب المال به مطلقا
خلفا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف لكن ذاتها حاصلة عن لفظ حر او لفظ ابني فا لكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه
عن اللغو قوله ولو قال هذا ابي الخ جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف ايضا فعند ابي حنيفة يعتق واما لو قال لعبده الصغير
هذا جدي فاجاب عنه اولا بانه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق فانه لا يعتق اتفاقا وهي ان
هذا الكلام لا يوجب له في الملك ولا بواسطة الاب ولا وجود له في اللفظ قوله ولو قال هذا اخي اي لعبده لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
يعتق وهي رواية الحسن وجه الروايتين ما بيناه فحوالة وجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف
عنه وجه هذه وهو ان الاخوة سبب لعتق المملوك وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام
لا موجب له في الملك الى آخر ما ذكره وتقريره ههنا ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب او الام ولا ذكر لما به
يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ولان الاخوة تقال لما بالنسب في الرضاع والدين فلا يتعين النسب الا بدليل حتى لو قال من ابي
او من امي او من النسب عتق اذا عرف هذا فلا نشك في صحة الاصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله
كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين او يتعين هذا لانه الايسر كما قررنا في يا سيدي يا مالكي
لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضا الا بالنية فان اجيب بان اعتبار الفائدة الشرعية اولى وهي المتعينة ههنا ورد عليهم
هذا اخي فانه لا يعتق به ودفعه بانه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من ابي ونحوه
عتق وبان العتق بعلة الولاء ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب
مجاز في الباقيات ولو دار بينهما كان المجاز اولى وان علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي
بلا خلاف بين اصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا اخي بانه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لا يستعمل للاكرام عادة وهذا يقوي
ما اوردناه في هذا ابني فلا يخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا اخي وهي ما نقلها المص قوله ولو قال لعبده هذا ابنتي فلذا اذا قال لامته هذا ابني لا
يعتق وان كان لولد مثله بمثلها لان الاول مجاز عن عتق في الذكر لانه بجهة البنتية حقيقة والثاني عنه في الانثى فانها حقيقة لا تنفاهم
محل ينزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا فالعدم لازم مشهور وغير لئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجاز بين احدهما من
حيث هو او الآخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البدائع ان الاتفاق على منعه اللهم الا ان يعتبر المجاز عقليا في نفس
اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والياء حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالاشارة بالبنتية الى مسمى الياء عن نسبة اليه بالعتق
فيتعين الاول وما ذكره المص بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار
وان كان من خلاف جنسه تعلق بالمسمى وتبيين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي اراده بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه هنا مع المسمى
جنسان لان الذكر والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم ان يتعلق الحكم بالمسمى اعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لان الثابت ذكر

وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح فى حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلاً له وعمل اللفظين فى اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع فى المتنازع فيه وانساغ فى عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا فوقع الشك فى الحرية

قوله وكذا على هذا الخلاف جميع الفاظ الصريح كانت مطلقة والطلاق والكنايات كما لو قال لامته انت علي حرام او بائن او بتلة او بتة او بنت منى او خلية او برية او حبلك على غاربك واخرجي وقومي واذهبي واعزبي واختاري فاختارت نفسها وتقنعي او قال ذلك لعبد او قال له طلقتك لا يعتق فى ذلك كله وان نوى بخلاف ما تقدم من قوله اطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعى يعتق فى ذلك كله اذا نوى وعن احمد روايتان احدهما كقولنا والآخر كقوله **قوله** لان بين الملكين اى ملك الرقبة وملك النكاح موافقة **قوله** اذ كل منهما الخ حاصله انه اثبات للمشابهة بين الملكين اعنى ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما اما الاول فلان النكاح فى حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التابيد له كما فى البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم لملك المنفعة اعنى الاجارة واستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الاجارة واما الثانى فلان كلا من التصرفين اسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه واما الاحكام التى هى ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الاموال وهى معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل ثبتت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فان هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هى السبب وانما امتنعت بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر اثر المقتضى كالزوجة فى حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا تسلب اهليتها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لما عنه ولهذا يصح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب ان يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاول للمناسبة وهى مشتركة لانها نسبة بين الطرفين فاذا ناسب الشئ غيره ناسبه الآخر **قوله** ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه اى ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل فى المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المعنى الشرعى كما لو قال اسقنى ينوى به العتق او الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا يسوغ استعماله فيه لان مسوغ استعمال اللفظ فى المعنى اما وضعه له او التجوز به فيه فالاول منتف وكذا الثانى لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع وضع اللغة انواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعانى المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة حاصل معنى قولهم كل لفظ وضع بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلمتكلم ان يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنهم بان ثبت عنهم انه استعمل اللفظ باعتبار جزئى من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه فى ذلك الجزئى او نقل اعتباره فالثابت اعتبارهم فى علاقة المشابهة ان يكون فى تصف خارج ظاهر فى المتجوز عنه ثبوته فيه اقوى منه فى المتجوز فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا فى المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص والا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره الى ما ليس هو فيه فالاول لا يجوز التجوز بالابخر للمحموم مع انهما وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما والثانى وجب ان لا يكون المعنى المشترك فى محل المجاز اكثر منه فى محل الحقيقة او اعرف اذا عرف هذا فنقول الاعتاق انما هو اثبات تلك القوة التى فصلناها وعيناها للعلم بعدم تلك الامور قبله والاصل فى اضافة عدم الشئ ان يكون الى عدم المقتضى لا الى قيام المانع لان عدمه هو الاصل فى عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى ولو سلم فالاصل عدم المقتضى فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت ودعواه ان الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضى ملكا اما عقلا فظاهر واما شرعا فلم يثبت بل انما يثبت

ولو قال ما أنت إلا حر عتق لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن النبي عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أو غيره

شرعا دون ذلك الملك مع الحرية فتمكن هي السبب الشرعي والطلاق لإزالة قيد النكاح ليس إلا ملكها القائم عليها حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا لأن ملكها استحق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها لم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ولا مناسبة بين إزالة المانع في محل بقي الملك القائم عليه وبين إثبات الملك المزائل للمحل بعلاقة يجوز التجوز وهي أن تكون مختصة بالمتجوز عنه أي ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فإن الإسقاط المشترك ثبوته في العتق أكثر وأقوى منه في الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الأكثر إسقاطا وأشهر فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لتوقفه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ولأن العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سببا لزوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب في المسبب بخلاف قلبه فإنه المسبب في السبب وهو ممنوع إلا أن اختص الأوحد المسبب بالسبب المعين فلا تلازم فلا علاقة ثم قيل ليس سببا أيضا بدليل أن الأمة لو كانت متزوجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة فما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة إنما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها ألا ترى أن البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم أنه لا يوجب حدثا آخر يمكن أن يقال يوجب العتق حرمة أخرى للمتعة ثم عدد قبيل الكنايات منها ما يقع العتق بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك أو ملكتها أو وهبت لك نفسك أو بعت نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج إلى النية لأن الاحتياج إليها إذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق فلا تتوقف عليها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم ثم منها ما لا يقع وإن نوى كلفظ الطلاق وكناياته والتحقيق في مثل الأول أن يقال إنه ملحق بالصريح كما في مولاي من حيث إن ما سوى العتق انتفت إرادته فتعين فالتحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي وهذا بناء على أن الصريح يختص بالمعنى وإلا فيجعلان صريحا وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا **قوله** ولو قال ما أنت إلا حر عتق لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الأصول وقد بيناه في الأصل وأنه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وأما كونه إثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفي بخلاف الإثبات المجرد

قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميعه وهذا يقتضي أنه لا ينوي كما لو قال رأسك حر فإنه لا يحتاج إلى النية لكن المسألة منقولة من نوادر ابن سماعة لو قال رأسك رأس حر عتق إذا نواه وفي نوادر هشام قال أبو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي المبسوط لو رآها تمشي فقال هذه مشية حر أو تكلم فقال هذا كلام حر لم يعتق إلا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبي يوسف قال الحسن بن زياد من قبل نفسه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال حسبتك حرا وأظنك حرا أو علمت أنه من سبي لا يعتق لأنه صادق وكذا لو قال أبواك حران وفي نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ليسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا يعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال لستك حر كان حرا وكذا ذكرك حر وتقدم

فصل أعقب العتق الاختياري بالاضطراري **قوله** وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه

والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيرهم له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاء فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

وضعفه البيهقي والنسائي بسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا اسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من ارسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره وان لم يخرج له في الصحيحين واما الحديث الثاني وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فاخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة وحماد فقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد فقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر رضي الله عنه موقوفا وروي من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلي رضي الله عنهم باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن سهيل عن المستورد ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته فولدت اولادا فاراد ان يسترق اولادها فاتى ابن اخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا فاراد ان يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط ان ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته واني اريد ان اعتقه فقال عليه السلام ان الله قد اعتقه **قوله** والشافعي الخ وبقولنا قال احمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قال اكثر العلماء قال روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وابو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولاد والاخوة والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله عليه السلام لن يجزي والد ولده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد احصاهم وعدهم عدا يثبت به ان الابنية تنافي العبدية فاذا اثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما في قول الطعمة فاشبعه وسقاه فارواه والتعقيب حاصل لان العتق يعقب الشراء وانما اثبت له الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لاستحقاق البنوة **قوله** له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك في الولاد ينفيه القياس على غير القريب من البعيد وعلى سائر الاملاك اذ لا تخرج عن ملك مالكها من غير رضاه واختياره اولا لا يقتضيه القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الا من لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق اي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال اي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات في القرابات ثلاث ولاد وغيره المحرمية وبعدهما كابناء الاعمام والعمات وابناء الاخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ما هو اشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني اشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلان قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية واما الثاني فلانا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب وكذا في هذا الحكم **قوله** ولنا ما روينا فيتعمل معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل لا له النص

كهيل

شبرمة

ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا للمقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط

تقريره ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه كما في الولاد وهذا اعني كونه قرابة مؤكدة في المحرمية هي المؤثر في الاصل وهو قرابة الولاد يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ولو سلم فغايته ما تمنع ان اراد ان عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز ان يعلل الاصل باخرى متعدية الى ما لم تعد اليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد ظهر اثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو ادنى الملكين فلان يؤثر في رفع اعلاهما وهو ملك الرقبة اولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص ايضا يدل على تعيينه وهو ما رويناه فانه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف ان هذا يفيد الغاء ما عداه وقول الخصم حتى وجبت النفقة الزام مختلف فيه لكنه انما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك الزمه به غير معتبر خلافه وكانه ثابت اتفاقا وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوي قد يفصل وكثيرا ما يرسل ومعلوم انه اذا ارسل فلا بد ان يكون عن واسطة وغاية الامر انه عين الواسطة مرة وترك اخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك واحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا عملت الصحابة على وفقه وانت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت من غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارض ضعفا اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بالاشبهية والاثر ولو كان صحيحا عنده فالمعنى الذي ظهر اثره في جنس الحكم اولى منه فكيف مع النص على نقيض حكم الفرع **قوله** ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق بينهما اذا كان العبد مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمة وقيد بقوله في دار الاسلام لانه لا حكم لنا في دار الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب او اعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافا لابي يوسف وعلى هذا الخلاف اذا اعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الايضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا اعتقه وخلاه فقال في المختلف يعتق عند ابي يوسف والولاء له وقالا لا ولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فاعتقه ثمة القياس ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب لا يجري عليه احكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم تنقطع عنه احكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب وهذا نص على انه دخل هناك بعد ان كان هنا فلذا لم تنقطع عنه احكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة المؤنسة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين **قوله** والافتراض عند القدرة جواب عن اعتبار ولعدم التكاتب قال علة العتق التي عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد منافيا لم كتابته بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الحرية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع اجزائه على ان عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الآخر وهو قولهما قلنا ان نمنع دليل الجواب بمنع الشهادة والزكوة ان عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد **قوله** وعتق المكره والسكران واقع في المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لا يزيل الا الرضا والعتق لا يتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق **قوله** الا الاضافة الى الملك كان يقول ان ملكتك فانت

فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز

او ملكت عبدا او نحوه فهو حر فنسبه خلاف الشافعي اي وحده فان مالكا يوافقنا فيه كذا عن احمد وفرق بينه وبين الطلاق اذ لم يجز اضافته الى الملك بخلاف العتق بان العتق مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك **قوله** فيجري فيه التعليق لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رح انما الخلاف في انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبني على انعقاد المعلق سببا في الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط **قوله** واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق سواء خرج سيده بعده كافرا او مسلما او لا وقيد بالخروج لانه لو اسلم ولم يخرج لم يعتق ولقولنا قال الائمة الثلاثة وقال الاوزاعي اذا خرج سيده مسلما رد اليه وعند الظاهرية اذا اسلم عتق خرج او لم يخرج واورد ابن حزم عليه ان سلمان اسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم اجاب بانا لم ننقل بهذا العتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد اهل الطائف وهي بعد الخندق بدهر وبدعوى فسخ تملك الكافر للمؤمن لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك في اتجاه الايراد وهو مما يصلح دليلا لنا وفي الجواب ما لا يخفى **قوله** لقوله عليه السلام في عبيد الطائف اخرج ابو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن علي رض واللفظ لابي داود قال خرج عبدان بكسر العين الى رسول الله صلعم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك انما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب عليه السلام فقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدهم واحدا واحدا ابو بكرة ووردان والمنبعث والازرق ومحسن النبال وابراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق كل هؤلاء اعتقهم عليه السلام فلما اسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء ان يردوا الى الرق فقال عليه السلام اولئك عتقاء الله لا سبيل اليهم واخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم عن سليمان ثنا ابو عثمان النهدي عن ابي بكرة انه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر اهل الطائف ثلاثة وعشرين عبدا فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل ابي داود فلما اسلم مواليهم رد النبي صلى الله عليه وسلم الولاء اليهم وفيه مجهول واخرجه البيهقي مرسلا وقال ثم وفد اهل الطائف فاسلموا وقالوا يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين اتوك فقال صلى الله عليه وسلم اولئك عتقاء الله ورد على كل رجل ولاء عبده **قوله** ابتداء احتراز عن بقاء الرق فانه يبقى بعد الاسلام بعد ثبوته بطريقه **قوله** عتق دونها باجماع الاربعة ولو استثناه في العتق كان استثناء جزء منها خلافا لاحمد واسحق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين قولهم مروي عن ابن عمر وابي هريرة فانهم لا يجوزون عتق الجنين دون امه بعد نفخ الروح له قبله وتعتق امه بعتاقه وقال ابو يوسف اذا خرج اكثر الولد فاعتقت لا يعتق لانه كالمنفصل في حق الاحكام حتى تنقضي العدة ولو مات في هذه الحالة ورث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر **قوله** ثم اعتاق الحمل صحيح عند الجمهور خلافا للظاهرية ولا يجوز بيع الام اذا اعتق ما في بطنها فيجوز هبتها والفرق ان استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة **قوله** لما فيه من قلب الموضوع واما استحقاق ام الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس وقد يقال هذا انما يرد نقضا لو كان عتق ام الولد تبعا للعتق بينها بالنص وهو منتف اذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقة رقه وليس كذلك لانه لا يتعلق حرا فلا يرد نقضا اصلا ليحتاج الى الجواب بانه خرج بالنص على خلاف القياس وسنذكر انه انما يعتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين اعتقه **قوله** والقدرة

على مال ان التعليق قد ثابت فيه الحمل وقت العتق اذ جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل قال وان قال لامته ان
حرّ لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه بعد الاصل لا محالة بين الاية لا ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام
باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة
حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

عليه اي على التسليم فلذا لم يجب الآبق ويجوز عتقه **قوله** على ما مرّ في الخلع اي في الخلع والحوالة غير رابحة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا و
حيث يجوز اشتراطه بدله على اجنبي ان العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك اي شيء نفيس فلا
يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها
لان ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لا يصح بطريق الكفالة لانه
لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل وكذا لو قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر عتق بلا شيء لانه
لا يجب له على امه شيء بسبب غيرها **قوله** لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق فلو جاءت به لستة اشهر فصاعدا منه لا يعتق الا
ان يكون حملها توأمين جاءت باولهما لاقل من ستة اشهر ثم جاءت بالثاني لستة اشهر او اكثر او يكون هذه الامة معتدة عن طلاق او
وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق ح فيعتق لانه كان محكوما بوجوده
حين اعتقه حتى يثبت نسبه وعلى هذا الفرع ما لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة
اشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له اب حر لانه حر وان لم يكن فهي تكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب
لستة اشهر فلا شيء عليه لانه عبده كذا ذكره **قوله** فيعتق عليه التحقيق انه يعلق حرا لا انه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة فانه
يجب القطع لان ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماء حره وماء جاريته
مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بانه مخلوق من مائها بيقين
بخلاف الرجل ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي من الاب ويثبت النسب منها بالزنا وفي ولد الملاعنة حتى يتوارثان دون الاب وكان ما
اولى بالاعتبار عند التعارض او لاستهلاك مائه بمائها لانه في موضعه ويزداد قوة بمائها او لانه يترجح بالحضانة والتربية او لانه قبل
الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعتقها ولا يستثنى من بيعها والزوج رضي برق الولد حيث اقدم على تزوجها مع العلم
برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا رقيقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه
بقيمته **قوله** كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية اورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما والرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء
استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه ما لم يقم به مانع سلب الولاية على
نفسه وهو حقه فاول ما يوجد الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص
بالانسان وبالبيع يزول عنه الملك ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغ
ذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فيتبين بهذا انه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين المأكول وغيره المأكول كالحمار الاهلي
مع الحمار الوحشي يؤكل واذا تولد بين الوحشي والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولاختلاف مفهوميهما قد
يختلفان في الكمية في شخص فما كامل في القن ورق ام الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل
والمكاتب ملكه ناقص ورقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي
حر وما اورد من ان الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته والحاصل

باب العبد يعتق بعضه

اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رح فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره

والحاصل ان الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم امية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا والله تعالى اعلم

باب العبد يعتق بعضه لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي ان ما كثر وجوده فالحاجة الى بيان احكامه امس منها الى ما يندر وجوده وان وقع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلهذا اخر هذا عما قبله **قوله** اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة فتعتبر قيمته في الحال والاستسعاء ان يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه ويجيء انه اذا امتنع عن السعاية فعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد ان معنى الاستسعاء غير هذا وانما يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر ان هذا اذا عين مقدارا كربعك حر ونحوه فلو قال بعضك حر وجزء منك او شقص امر بالبيان فلو قال سهم منك حر فقياسه في قول ابي حنيفة ان يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة اسداسه وقوله عتق ذلك القدر يعبر بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند ابي حنيفة رقيق كله بخلافه في قوله وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق اي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رح واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا او كان لشريكين والمعتق موسرا اما اذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر ان هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فان القائل لا يتجزى العتق او الاعتاق يتجزى لم يرده بل المعنى الذي يريد به قائل انه لا يتجزى وهو زوال الرق او ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزئه بل زوال الملك او ازالته لا خلاف في تجزيه فلا ينبغي ان يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه او الاعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس الا فيما يوجبه الاعتاق اولا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير ان زوال الرق لا يثبت الا عند زوال الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وغسلها متجزئ وهذا ضرورة ان العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع والنكاح منه ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فقطع بعدم تجزيه والملك متجز قطعا فسلم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي وح فينبغي ان يقام الدليل من الجانبين على ان الثابت به اولا زوال الملك او الرق لانه محل النزاع والوجه ينتهض لابي حنيفة اذ المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحق الملك لا الرق فحق الله او حق العامة على ما تقدم فيلزم ان الثابت بالاعتاق زوال الملك ثم لو لا زم يزول الرق شرعا اتفاقا اذ ازال الملك لا الى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا لكان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة زوال لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا ازالة الملك كيف ما كان واما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق افاد تصور عتق البعض فقط فقول ايوب لا ندري اشيء قاله نافع او هو شيء في الحديث لا يضر اذ الظاهر

والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل
السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه
يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق
غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو
عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه
وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد

بل الواجب انه منه فلا يجوز ادراج مثل هذه من غير نصب قاطع في افادة انه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجب في الحديث علة قادحة وكذا ما رواه البخاري ايضا عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه اي لا يغلى عليه الثمن افاد عدم سراية العتق الى الكل بمجرد عتق البعض والا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر واما ما روي لهما من حديث ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفي لفظ فقد عتق كله فانما يقتضي عتق كله اذا كان له مال يبلغ قيمته وليس هنا ما حاذ ذلك بل انه يعتق كله بمجرد اعتاق بعضه كان له مال او لا فقد افادت الاحاديث ان العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجود السراية فان ورد في العبد المشترك واستدل ايضا بدلالة الاجماع وهو ان المعتق اذا كان معسرا لا يضمن بالاجماع ولو كان اعتاق البعض اعتاقا للكل وهو اتلاف له لضمن مطلقا كما اذا اتلفه بالسيف او بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضا فانه يضمن موسرا كان او معسرا لكن قد يقال في هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم ان يكون المراد بالعتق في قوله فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروي عن علي وعمر رضي الله عنهما بخلاف ما قيل ان قول عمر رضي الله عنه كقولهما فقد اسند الطحاوي الى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فابلى فيها وكان بيني وبين امي وبين اخي الاسود فارادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ عبد الرحمن فان رغب فيما رغبتم اعتق والا ضمنكم فثبت لعبد الرحمن الاعتاق بعد بلوغه بعد ان ثبت في العبد اعتاقهما وانما قلنا ذلك لان الرق لا يتجزى زوالا عند احد فيلزم المطلوب وهو ان النازل بالاعتاق بالذات زوال الملك واذا ثبت ذلك لزم في اعتاق بعض العبد الخاص ان يعتق ذلك القدر اي يزول ملكه عنه ثم يبقى محل الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها واذا ظهر ان ما زال بالاعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شرعا ان لا يبقى في الرق لزم ان يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس ماليته الباقي عنده وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على اداء البدل وكونه احق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله الا انه يخالفه في انه لو عجز لا يرد الى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب ان المستسعى زال الملك عن بعضه لا الى مالك حدث له عليه وانما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قصرا بخلاف المكاتب فان عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه وعلى هذا اذا اعتق امة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك ان يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم اعتق ولا يضمن شيئا من قيمة الولد لانه ما صنع في الولد شيئا ولانه لم يثبت حق الشريك في الولد لانها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة احق بولدها كما انها احق بكسبها والاعتراض بانها ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه واذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك ان ما ذكروا من الحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لانه ان اريد الحاق ازالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على ان الرق لا يتجزى زوالا او الحاق ازالة الملك بها فهو غير صحيح لانهم وغيرهم لا يقولون بانه لا يتجزى واقصى ما يمكن في تقريره ان يجعل الحاقا لزوال الملك لا الى مالك في عدم التجزي بان يدعى ان المتجزي زوال الملك الى مالك لا الى غير مالك الحاقا بالامور المذكورة فان في الطلاق زوال ملك لا الى مالك وفي العفو زوال حق لا الى

وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فإن كان موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن شريكه
قيمة نصيبه وإن شاء استسعى العبد فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما
وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند أبي حنيفة رح

آخر والاستيلاد وزوال الملك كذلك أعني ملك بيعها وهبتها والحجاب أو لأنه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزي في الأصول لعدم التصور إذ لا
يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ولا إسقاط نصف حق القصاص فإن القتل ثبوت حقه لا نصفه فمحلا ثبت
وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزي فيها إلا أن الزوال لا إلى مالك بل لا إلى أثر لكون الزوال إلى ملك أو لا إليه بخلاف زوال
ملك الرقبة وهذا معنى قبول المحل وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة أي ليس فيهما إلا زوال كليهما أو بقاؤهما فأثبتناه في الكل أي فأثبتنا
زوال الملك في الكل ترجيحا للمحرم وهو الحرمة فإنه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به وأما
الاستيلاد فمتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه حتى لو مات المستولد يعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وإنما
تكمل في القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بإفساده ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزي بالضرورة **قوله** وإذا كان
العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق أي زال ملكه عنه فإن كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه منجزا ومضافا وينبغي
إذا أضافه أن لا تقبل منه إضافة إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق لحاضر جوابه فينبغي أن يضاف
إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وإن شاء ضمن المعتق قيمته إذا لم يكن بإذنه فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له وإن شاء استسعى
العبد فيها فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين أي في الإعتاق والسعاية وهذا كله عند
أبي حنيفة رح هكذا ذكر في الأصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وإن دبره وعلمت حكمه أن يستسعي وإن يكاتبه وهو يرجع إلى
معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد على السعاية يؤاجره جبرا ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر
من قيمته إن كان من النقدين لا يجوز إلا أن يكون قدر ما يتغابن الناس فيه لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر وكذا لو صالحه
على عروض أكثر وإن كان كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية
للولي والتضمين أولى لأنه أنظر وإن لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار قيل هذا في موضع ليس فيه قاض فإن كان في موضع فيه قاض نصب
القاضي له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للولي اختيار العتق لأنه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان نصيب الساكت مكاتب أو عبد
مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة وأما العبد المأذون فذكر في الأصل أن ليس له
إلا حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة فليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال بسبب الاستسعاء قد تقرر [illegible] عتق
الشريك على وجه لا يمكن إبطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فيملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة ابتداء
وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فثبت الولاء لأقرب الناس إليهما
وهو المولى وإن كان على العبد دين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الإعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمي يجب نصف قيمته صحيحا ولو أعتقه وهو
أعمى يوم العتق ثم انجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان وكذا المعتبر اليسار والإعسار وقت العتق فلو كان
موسرا وقت التضمين فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فأيسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه فإن كان العبد قائما نظر إلى
قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتفقا وقد أتى على العتق زمان مضى يقوم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره وكذا لو كان أراد

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسألة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة

ان يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل انت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق اما لانه كالمنشئ للعتق في الحال او لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد ولمن يدعي اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو كالمستاجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال ولو تصادقا على ان العتق كان سابقا عليه في مدة قد يختلف حاله فيها فالقول قول المعتق في انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يريد ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه ان قضى القاضي له بالضمان او رضي به المعتق فليس له ان يستسعي الغلام بعد ذلك والا فله قيل ما ذكر في الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسألة روايتان ولو مات الساكت قبل ان يختار شيئا فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي اوجب الخيار للمورث ثابت في الورثة فان شاؤا اعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان تمليك الاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق والاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من اولاد الميت دون الاناث لان المعتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من اولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين او الاستسعاء قال في المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك الا بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلفاء المورث فلو مات وليس للمورث ان يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه وليس له ان يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين معلق بشرط وهو ان يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه كان بالاعتاق لان السبب هو الافساد وقد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باع نصيبه او وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا التمليك للحال وهو غير محل له وفي جامع قاضي خان لو اعتق احد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان المعتق من تركته في قول ابي حنيفة رحمه الله بل يسقط لان الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس **قوله** وقالا ليس له اي للساكت الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق قال المصنف رحمه الله وهذه المسألة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق عنده وعدمه

ولهما انه تبقى مالية نصيبه فلا يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه

وعدمه عند ما فيه فهو حسن بعون وتقدم بيانه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لنا فيه ان جميع النصوص التي ظاهرها تجزي الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث قليلة خلاصة في ماله وقوله عليه السلام من اعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا في الصحيحين وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث ابن المليح عن ابيه ان رجلا اعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك واجاز عتقه رواه احمد وابو داؤد وزاد رزين في ماله وفي لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كاما تفيد ان الحكم الثابت عند يسار التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوي قولهما ووجهه انه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة واستدل لابي حنيفة رح بقوله انه اي الساكت احتبس على البنا للفاعل ماليته نصيبه عند العبد فله ان يضمنه وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ فان لصاحب الصبغ ان يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان او معسرا لما قلنا الا ان العبد فقير فيستسعيه فيأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد ان تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين المعتق من غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره وارد عليه انه معارضة للنصوص بالتعليل فانها اوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفي الاستسعاء عند نفي الاعسار فجاز ان يثبت عند عدمه ايضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا اورده شارح واجاب والتحقيق في ايراده ان النصوص قسمت فاعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الاعسار وح يندفع ذلك الجواب وقد اجيب ايضا بنحوه وهو ان القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضي الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع ان القسمة تنافي الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم يكن بشرطين بل بشرط واحد مستقل قوله عليه السلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد وليس بشيء اذ لا اثر لتعدد الشرط ووحدته في اختلاف حكم القسمة وفي الكافي جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى ان هذه القسمة كما يفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا لعين الجهة التي تقيد بها تلك الافادة فان قيل فمن اي وجه افادت القسمة نفي الشركة فالجواب انه لما اعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا في ان المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن ان يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذ كان على خلاف الدليل الظاهر وذلك ان الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا او معسرا فلا يجوز تضمين المعتق

ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغناء لانه به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق
من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته

فيين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان الدليل افاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفي القصر وبقي جوازه ولا يخفى ان في هذا تعليل معارضة الدليلين لانه في قصر الجواز على الاستسعاء اقل منه في نفي اصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما امكن وتحقيقه ان النص ورد مخصصا للقياس اذ بين لمشروعية التضمين مع اليسار ان تعين الاستسعاء انما هو في غيرها اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف في المحل اما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب كالشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب اتلافا للآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه تكتيب له ثواب ما قدر عليه من القربة واما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من ان الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في صورة الاعسار بناء على انه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك في ان عتق ما يملكه مشروع وعبادة والاتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت مالية باقي العبد كمن هدم داره فانهدم دار غيره فالحق ان القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفي المسئلة قول الثوري والليث ان الساكت بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن ولا سعاية اصلا وسبب هذا القول اعلالهم لفظ السعاية في حديث ابي هريرة قال النسائي اثبت اصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن ابي عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن ابي عروبة يعني في ذكر السعاية قال وبلغني انهما ما رويا هذا الحديث فجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة قال عبد الرحمن بن مهدي احاديث همام عن قتادة اصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطني سمعت ابا بكر النيسابوري يقول ما احسن ما رواه همام ضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن ابي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم واحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابي اضطرب سعيد بن ابي عروبة في السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على ان ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر رضي في الستة عنه عليه السلام من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن ابي عروبة من الاثبات في قتادة وليس هو بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ما ذكر الاستسعاء ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وابان بن يزيد العطار وحجاج بن ارطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد اخرجه الشيخان في صحيحهما وحسبك بذلك يعني برفعهما الاستسعاء وفي المسئلة مذاهب اخرى ضعيفة مثل انه لا يعتق شيء اصلا ولو باذن الشريك وانه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته وان التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي وانه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين **قوله** ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت هو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك واحمد وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن لا يسار الغنى اي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشائخ لان تيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه اسرع من الاستسعاء فكان باعتبار نصاب التيسير اسرع في تحقق مقصودهما فوجب وهذا في الحقيقة تعليل النص والا فصريح النص اوجب الضمان عند مجرد

واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بيناه ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد عتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعيه ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لانه لا صنع له ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تستحق باحتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

ملك قيمة الحصة لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه **قوله** ثم التخريج على قولهما اي تخريج تفصيل المسئلة على قولهما فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد باتفاق لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار فلم يكن الضمان منقولا اليه كما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره واما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلان العتق كله من جهته لعدم التجزي فكان اعتاق بعضه اعتاقا كله وليس في حالة اعساره حرا مديونا واما التخريج على قول ابي حنيفة فاثباته خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق متجزعنده فلا يعتق الباقي بعتق المعتق نصيبه والتضمين بالجبر اي وخيار التضمين للمعتق لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والاستيلاد والكتابة وقوله والاستسعاء بالجر عطفا على التضمين اي واثبات خيار الاستسعاء لما بينا من انه احتبس اليه نصيبه عنده وانما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت لانه ملكه باداء الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت والساكت ولاية الاستسعاء فكذا من قام مقامه وصار كالغاصب اذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فانه يرجع على القاتل لانه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا للغاصب ولانه بذلك يصير كعبد خاص به اعتق بعضه فله عتق الباقي واستسعاؤه وقوله ضمنا جواب عن سؤال هو ان معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك الى ملك فاجاب بان ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند ابي حنيفة لانه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان غايته ان بعضه بعدل وهو لا يمنع الولاء واما في حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا من احتباس ملكه والولاء له اي للساكت اي مشترك بينه وبين المعتق في الوجهين اي في الاعتاق والاستسعاء فلا يرجع المستسعى على المفعول اي العبد على المعتق بشيء باجماع بيننا خلافا لابن ابي ليلى فانه يرجع عنده على المعتق اذا ايسر وانما لا يرجع بالاتفاق اما على قوله فانه يسعى لفكاك رقبته واما على قولهما فلانه لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء على المعتق اذا كان معسرا بخلاف العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلذا يرجع على المعتق اذا ايسر ونظير الاولى ما اذا اعتق امته على ان تتزوجه فابت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو اعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند زفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض اذا اعتق عبده فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف المريض فيما يحتمل النقض موقوف عنده وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا قول الشافعي ووجهه عنده انه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا الاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا الاعتاق الكل لانه اضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا نختار انه يستسعى قوله غير جان الخ قلنا لا يفتقر الى الجناية بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في جميع الثوب المطار ونحوه تمسك له بما روي من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق ورق ما رق ويدفع بانها كما قال اهل الشان ضعيفة مكذوبة ولو ثبتت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لامتناع انصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

قال وإذا شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه في الحالين في أحد شيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي

والحق أنه لا احتياج إليهما بل يقوله عتق منه ما عتق كفاية فإنه إذا لم يعتق إلا ذلك القدر لم يلزم بقاء الباقي رقيقا بل يلزم بقاؤه مملوكا والمالك هو المطلق للتصرف والجواب أن في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله إن كان له مال وإلا استسعي غير مشقوق عليه يوجب استسعاءه عند إعساره ولا اعتراض على الشارح مع أن وجه ما قدمناه أظن أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى إن اختار ذلك وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والأوجه الاستدلال بما قدمناه من قوله ليس لله شريك فإنه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا أو عدم تقرره وهو الأولى وإذا لم يقرر الضمان على المعسر لزم الاستسعاء إذ إبطال حقه مجانا بجبر الفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية ثابت كما في العبد المرهون إذا أعتقه سيده المعسر ولأن الشرع اضطره إلى ذلك رقبته حيث حكم بولاية الإيجاد والإعدام بنفاذ عتق ذلك القدر والا لغير الباقي في الملك ولا يذهب بمال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والإعسار واختاره المزني من أصحابه **قوله** وإذا شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة وعتق وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار العبد بذلك مكاتبا له أي في حكم المكاتب ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه إن شاء أو يعتقه فإنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك أو صادقا لأنه مكاتبه إن كان صادقا ومملوكه إن كان كاذبا فلهذا يستسعيانه أما في الصدق فظاهر وأما في الكذب فلتمكن الإنسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه باكسابه ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه أي حق كل منهما في الحالين حال يسار الآخر وإعساره في أحد شيئين السعاية أو التضمين إلا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الإعسار حقه في أحدهما عينا وهو السعاية وهذا لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك الإعتاق وشهادة الآخر ليست بنافذة عليه لأنه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الآخر أنه أعتق لم يقبل لأجل الثاني فإنهما يثبتان لأنفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما وإنما أثبتناه ما أثبتنا في المسألة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته فتعين السعاية وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي لأن المستسعى كالمكاتب وأورد أن التضمين غير متعذر لأنه لما أنكر يحلف فإن نكل جاز التضمين وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذي أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لأن المآل إلى السعاية وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسألة فحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا فيجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أي تعيين استسعائهما العبد إنما هو بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمين وأراد في نصيبها تفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلا يقول إن صاحبه

وقال أبو يوسف ومحمد إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يبرئه عن السعاية ويدعي الضمان على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت
لإنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه إذ المعتق معسر وإن كان أحدهما موسرا
والآخر معسرا سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي عليه السعاية فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء
موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال
الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن
القضاء على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى
بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه ومات قبل التذكر أو البيان يتناول التوزيع في حالة اليسار هل يمنع السعاية لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق

حلف كاذبا واعتقاده أن العبد محرم استرقاقه ولكل استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل للآخر إن
كانا موسرين ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة
فإنه إن نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا **قوله** وقال أبو يوسف ومحمد رح إن كانا موسرين
فلا سعاية عليه لواحد منهما لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته وإنما يدعي الضمان على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية
عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت عليه لإنكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه بثبوت سببها حيث اعترف
بعتق الشريك مع يساره وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية صادقا كان أو كاذبا لأن الغرض أن المعتق معسر
قوله على ما بيناه أي من أن العبد مملوكه أو مكاتبه إلا أن عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون وإن كان أحدهما موسرا والآخر
معسرا سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لأنه يدعي
الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله أي يحيل بينته
لصاحبه حيث ادعى أنه هو الذي أعتق والعتق لا يتجزأ عندهما أي لا يثبت به إلا بالاتجزي من زوال الرق وهو أي صاحبه
يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال **قوله** ولو قال
أحد الشريكين في عبد إن لم يدخل فلان يعني العبد الدار غدا فهو حر وقال الآخر إن دخل غدا فهو حر فمضى الغد ولا يدري
أدخل أم لا عتق النصف ويسعى لهما في النصف الآخر بينهما وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف على تفصيل تقتضيه مذهب
أبي يوسف وهو أنه إنما يسعى في النصف لهما إذا كانا معسرين فلو كان أحدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين
لا يسعى لأحد وإليه أشار المصنف بعد هذا بقوله ويأتي التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أولا يمنعها على الاختلاف
الذي سبق فإنما جمع بينه وبين قول أبي حنيفة في أنه لا يجب إلا النصف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لهما إن كانا معسرين ونصفه للموسر إن كان أحدهما معسرا
ولا يسعى في شيء إن كانا موسرين وهذه على وزان المسألة السابقة أعني إقرار كل منهما أنه هو الذي أعتق وهناك إذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى
إلا للموسر وكذا هذا وهذا لأن الذي يأخذ السعاية أبدا يكون هو الساكت والآخر معتق فإذا كان أحدهما موسرا فإنه يتبرأ من تضمين المعسر
فيأخذ السعاية وعلى تقدير أن المعسر هو الساكت فزعم أن لا سعاية له على العبد وإنما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من
جهته بمباشرته شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول إلى شيء مطلقا كما لو كانا موسرين فإن كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر وهو ليس
غيره وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية **قوله** لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه
عتق العبد ولا يمكن القضاء على المجهول ولا التوزيع لأنه يؤدي إلى إسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم
يعتق العبد من جهته وإعطائه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لأنه غير واقع
في المعين فلم ينافيه التوزيع فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فإنه لا يقضى بشيء للجهالة فكذا لا يقضى بسقوط
شيء لذلك وإذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل **قوله** ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين و

ولو حلف [illegible] لم يعتق [illegible] عبد المدين [illegible]
[illegible] واذا اشترى رجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب [illegible] ولا يضمن [illegible] علم او لم يعلم [illegible]
[illegible] والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى [illegible] عند ابي حنيفة [illegible]
الى الفقراء [illegible] الا ابي يوسف [illegible] نصف قيمته [illegible]

ومع التيقن بالسقوط كيف تقضي به بوجوب الكل والجهالة المانعة من القضاء بالسقوط ترتفع بالشيوع اي شيوع النصف الذي هو حق في نصيب الشريكين بتوزيعه عليهما فصار المقضي عليه بالسقوط والمولى بين فلا جهالة في المقضي عليه وانما يلزم لو قضى على احدهما بغير عينه وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم اولوية احدهما بتمامه وكون التعيين في نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري في عشرة رجال لكل منهم جارية اعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعت في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن من كل واحدة في تسعة اعشار قيمتها وصار كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان في الاول والثاني فان العتق يوزع عند ناللعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة وقيد بموته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعي في انه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوارثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني واسقاط جميع حق المستحق في الاول واسقاط بعضه للضرورة اولى وقيل ان الجهالة في المقضي عليه لا يمنع القضاء اذا كان المقضي له معلوما بدليل ان من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر عليهن بيقين وان كان المقضي عليها منهن مجهولة لكن لما كان المقضي لها معلومة جاز القضاء كذا هنا المقضي له هنا معلوم وهو العبد فيجوز ولا يخفى ان من صورة المسئلة ان يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار **قوله** وان حلف على عبدين الخ يريد ان يفرق بين السابقة وهذه وهي ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وبين هذه وهي ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال احدهما ان دخل فلان غدا فعبدي حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لم يعتق واحد منهما ولا شيء منه في قول الكل لان المقضي عليه بعتق عبده وهو احد المولين مجهول والمقضي له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث احد المالكين لان كلا منهما يزعم انه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتماعا في ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضي عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول هو معترف بوجود شرط الثانية وبالثانية صار معترفا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما متعلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك في مثل قوله ان لم تدخل فعبدي حر بخلاف ما اذا لم يكن دخل فانه يستعمل للمراد في الدخول وعدمه في الماضي لتحقق الدخول فيه وحقيقته شرطه ظهور انه لم يدخل في الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن ابي يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق **قوله** واذا اشترى الرجلان ابن احدهما يعتقه واحد بان خاطب البائع الاب والآخر معا بان قال بعتكما هذا العبد فهكذا فقبلا عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيئا ولو كان موسرا سواء علم الشريك انه ابن الآخر او لم يعلم ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك ابيه ان شاء وان شاء اعتقه

وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما ممن حلف بعتقه ان اشتراه نصفه فهو لانه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه ولانه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه

هذا عند ابي حنيفة واجمعوا انهما لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك واحمد رح لعدم الصنع منه ولفظ الحديث اعني قوله عليه السلام من اعتق شركا الخ يفيد كون العتق اختيارا وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا ولكان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة معا او صدقة او وصية وعلى هذا الخلاف ايضا اذا اشتراه رجلان احدهما حلف بعتقه ان اشتراه اما لو حلف بعتق نصفه ان اشترى لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراء كله لهما انه اي الاب ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه وله ان شرط التضمين مع العتق الاختياري ان لا يكون برضا من له حق التضمين وهنا باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة فكان راضيا بافساد نصيبه فلا يضمنه فصار كما اذا اذن له باعتاقه صريحا وعلم مما ذكران المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه يثبت باختيار الشراء انه يخرج به من عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال احد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه فعتق نصيبه فان له ان يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضا بالعتق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الايجاب في البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا انه ليس علة اليس انه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا قلنا لا اشكال ان له تاديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلتزمه بالتزامه اياه فحلفه عليه ان لا يفعل ظلم منه فلا يصح ان يقال ان لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي انه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب خلافه واما ما اورد في منع ان مباشرة العقد رضا لانه ضرر والعاقل لا يرضاه ولان وضعه لاثبات ملكه لا لزواله فهذا وقوع بالضرورة لان من علم ان عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بانه راض بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه وللعاقل في ذلك اغراض صحيحة دنياوية من استفادة المدح والولاء وقد يكون قيمته اكثر من الثمن واخروية من الاجر لا يقال رضاه الاب بالشراء رضا بالاعتاق والرضاء بالاعتاق رضا بالضمان وابو حنيفة رح يثبته اذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لانا نقول كونه رضي بالضمان لا يوجب امكان تضمين الآخر له الا اذا لم يكن رضي باعتاقه كما ذكرنا واما ايراده على قولهما بان هذا الاعتاق لا يتجزى على قولهما فاعتاق البعض اعتاق الكل ولا يمكن اعتاق الكل الا بتملك نصيب الآخر ولا يملك الا بالضمان والجواب انه تملك ضمني فلا يوجه له ههنا قوله وهذا ضمان افساد جواب عما يقال كونه رضي باعتاق شريكه لا يوجب اسقاط الضمان كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه ان الضمان في العتق ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد احد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانه ومن حكم ضمان التملك ايضا انه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لان وضع الاستيلاد وطلب الولد وهو يستدعي التملك فاثبتناه وضمان الاتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان ما يملكه فانه سبحانه حتى يثاب عليه ثم لعبيده بتعيب الشريك فصح ان يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم

وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب لأنه ما رضي بإفساد نصيبه وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن إذا كان موسرا ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأراد الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا أن التدبير يتجزى عند أبي حنيفة خلافا لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعي العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسد بإفساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فإذا اختار أحدهم العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر وإعتاق هذا المعتق غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الإعتاق لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لأنه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف

في هذا الإفساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا أثم به أما وضع العتق فليس مقتضاه لزومه ثم كون ضمان الإعتاق ضمان إتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والإعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالبنية وعدمها وروي عن أبي يوسف أنه ضمان تمليك فلا يختلف باليسار والإعسار وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فيضمنه لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لأن المسقط لحقه في التضمين مباشرته لسبب إسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما إذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور في الكتاب ما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بحاله فإنه ليس له أن يضمن الآكل إذا علم مستقيم القياس وإنما قلنا على خلاف القياس لأن القياس أن لا يختلف ضمان الإتلاف باليسار والإعسار ألا يرى أن من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا فإن قلت قد سلفت أن القياس ليس إلا الاستسعاء لأن العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمين للإتلاف قلنا قد يحكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا ثاب عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الأمر لفرض ورود النص على خلاف إطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء تجشمه المجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفي عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع أو صلاته قادرا على إتمامه حيث يجب عليه إتمامه فإن لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع إليه **قوله** وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب قيمة نصيبه لأنه ما رضي بإفساد نصيبه لأن دلالة ذلك ما كان إلا بقوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع الاتفاق هنا أنه يضمنه فإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له أي للأجنبي بل يتعين التضمين على ما مر من أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما

قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة للبائع وقالا إن كان موسرا ضمن ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه وهو أنه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه وإلا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه إلا في ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع **قوله** وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهو المراد بقوله فأراد الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمة العبد قنا وليس له أن يضمن المعتق شيئا وإذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد إن شاء على وزان ما تقدم فيما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن أعني ثلثه قنا وهذا كله عند أبي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره أولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا الخلاف أن التدبير يتجزى عند أبي حنيفة خلافا لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعب العتق إذ هو عتق مضاف فيكون معتبرا به ولما كان التدبير متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين من حيث امتنع على كل منهما البيع وما في معناه من الهبة والوصية

وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا

والصدقة والاعتاق ويثبت لكل منهما خمس خيارات ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختيار غيره فتوجه للساكت وهو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر سببا ضمان احدهما تدبير المدبر الذي افسد عليه ما افسد والآخر عتق هذا المعتق فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق بالعبد خروجا الى الحرية بالسعاية فثبت التضمين غير ان الساكت له تضمين المدبر ليس غير ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل في الضمان لان يتعدل جانبا الضامن والمضمون له فانه لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة ان يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله فحيث امكن هذا لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على اصلنا خلافا للشافعي من حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه اولى وهذا تحقيق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جنايته والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية ما في قاضي خان لو غصب عبدا فابق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التي اداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده اكسابا ثم ابق ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند اداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال مع ان اقراره بالاتلافات مؤخر الى ما بعد العتق واذا وجب ان لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما امكن وجب هنا لانه ممكن لكونه اي نصيب الساكت قابلا للنقل من ملك الى ملك في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة لانه اي العبد عند ذلك مدبر وفي بعض النسخ حر او مكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضى المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف هو غير مستقيم لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك وكذا المستسعى عند ابي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم ان لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن تملك هذا المضمون فكان ضمان افساد فلهذا يضمن الساكت المدبر ليس غير ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما افسد عليه نصيبه مدبرا فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما افسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبر الشريكين فاعتقه احدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يملكه بالضمان قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثيها وهي قيمته مدبرا ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة قوله على ما قالوا طريقة في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وقد فات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة

ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهذا ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار

المذكور كم تبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا حسن عندي واما قيمة ام الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمتها قدر خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه ان يقال مدة عمر احدهما سنها او من مولاها وقيل يسال اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا لا رقبة **قوله** ولا يضمنه اي لا يضمن المدبر المعتق قيمته ما ملكه بالضمان من جهة الساكت وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا لان ملكه فيه اي في ثلثه قنا يثبت مستندا الى وقت التدبير وهو ثابت من وجه وهذا بالنظر الى حال اداء الضمان دون وجه وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير فلا يظهر في حق التضمين بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق واستشكل بما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا اجيب بانه لما انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق اما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى ان هذا لا يدفع الوارد على قوله ان الملك المستند لا ينتهض سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير ان المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه ان يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم مقامه وليس له ان يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه اعني ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام احد ويمكن ان يدفع ورود اصل السؤال بان الكلام في ان الملك المستند لا ينتهض سببا لضمان مفسد كالمعتق المفسد باعتاقه تملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس بمفسد شيئا قبل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت ان يضمنه فكذا من صار الملك له وقام مقامه واعلم انه لو لم يعتق المعتق الا بعد اداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا عللوا والوجه على هذا ان يقال في اصل التعليل ليس له ان يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان يدفع الوارد ايضا لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا او يحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود السؤال بعتق احد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا واورد الطلبة على هذا انه ينبغي ان يضمنه قيمة ثلثه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا اتفاقا ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لانه صار كانه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم الا بمنع كون الثابت له ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا الا ان ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير يتجزى وذكرهم اياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفي فيه انه على ملكه حين اعتق الآخر وادى الضمان وانما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من انه ضمان جناية لا تملك **قوله** والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان احد ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والآخر تملكه باداء الضمان للساكت فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان له ثلث العتق وثلث ادى ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان افساد لما ذكرنا من ان

التضمين بانه

وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بيّنا فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة رح وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها

المدبر غير قابل للنقل ممن أعتقه كان مدبرا ولو كان الساكت اختار سعاية العبد قالوا الولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلث وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدبر أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ونسبه للقاضي خان وهو غلط لأن المستحق المتجزئ يوجب إخراجه إلى الحرية تنجيزا أحد الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى مع استخدام المدبر إياه من حين تجويزه كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فإنه لا يتأخر حريته وباقيه إلى موته كما قدمنا أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتبا للشريكين فدبره أحدهما تقييد منه بنصيبه ويبقى نصيب الآخر مكاتبا عن غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة لأن نصيب الآخر على حاله عنده وأما في الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تتجزأ عنده وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق إذا كان موسرا أو استسعاء العبد مختارا أو جبرا بإجارته فهو تحقيق ما قلنا من أنه لا يبقى فيه الرق إلا إلى أن يؤدي السعاية والله أعلم **قوله** وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما إلى آخره يعني أن ما ذكرناه إلى هنا قول أبي حنيفة فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا للشريك المدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بيّنا فيضمن ثلثي قيمته الشريكه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك لأنه أمكن على ما ذكرنا فأشبه الاستيلاد أي أشبه ما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه على حاله موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار واردا فيه والولاء كله على قولهما للمدبر وهو ظاهر لأن العتق كله من جهته واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا ينافي ضمان التملك لأنهما حيث قالا إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى لو كان الولاء كله له لزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه وحيث يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس **قوله** وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما أي لا تخدم أحدا ويوما تخدم المنكر ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت لشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فإنه لم يتمكن من تضمينه إن كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك إن كان المقر عليه معسرا فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة وقال محمد رح إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف ولا ينبغي مثل أن يفعل إلا أن يفرق بالبيان فيقال في قوله الأول مثلا

ولهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق
لكن هل يمتنع الخدمة وتضمين المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى الاعتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة ان المقر لو صدق
كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك ولا سعاية ولا استسعاء لانه يبرئه
عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر
كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد
غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى

والاوجه ان ينسب اليه الآن ما ليس هو قائلا به واختلف المشائخ في ان خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وابي يوسف الاولى
الاول والصواب ان لا خدمة له عليها بل يجب واقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها الى الحرية
وفي النهاية في باب محمد ان نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهو اللائق
بقول ابي حنيفة ويبنى على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس واما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب
واخذ الجناية عليها اي ما اخذ جنايتها ممن جنى عليها للتسعين بها وعلى قول ابي حنيفة جنايتها موقوفة الى التصديق احدهما صاحبه
قوله ولهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كانه هو استولدها كما لو اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه
هو الذي اعتق حتى لو اشتراه عتق عليه فاذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فانه لا يكون للآخر
الاستخدام والمقر ايضا امتنع عليه الاستخدام لانه يدعي الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال ان نصيبه على ملكه في الحكم
ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عنده بما لا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لاحد عليها فان المنكر
اخذ حصته والمقر يبرؤها منه يدعي ان حصته في تضمين المنكر لدعوى الاستيلاد فصارت كام ولد النصراني اذا اسلمت لما امتنع من اسلامها
مقاصد الملك عليه ولم يمكن اخراجها عن ملكه مجانا للاضرار به وجب ان يعتق بالسعاية **قوله** ولابي حنيفة رح وعلمت ان ابا يوسف معه
ان استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين لان المقر اما صادق فيكون جميع خدمتها له لانها ام ولده وهو يستحق خدمتها او كاذب
فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه لنصفها متيقن واما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرؤها عن جميع ذلك
بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بامومية الولد اقرار بالنسب وهو
امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما نعم يوجب ذلك ان يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا
بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا الاقرار على نفسه لا من الانقلاب وحاصله نسخه
منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه **قوله** وان كانت ام ولد بينهما بان ادعى كل منهما انها ام ولده فاعتقها احدهما وهو موسر
فلا ضمان عليه للآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها وان كان معسرا سعت للساكت فيه واصل الخلاف في تقوم ام الولد
فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير ابي حنيفة رح وعلى هذا الاصل يبتنى عدة من المسائل ذكرها المصنف
في كفاية المنتهى احدها هذه والثانية ام الولد اذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن
من قيمته شيئا لشريكه عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا
بلغ حدا يستسعى فيه ومنها ام الولد المشتركة بين اثنين اذا مات احدهما لا تسعى عنده وعندهما تسعى ومنها لو غصب ام الولد غاصب فماتت في يده
لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها
سبع يضمن عنده لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت
في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها امة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر من وقت البيع ثم

وجه قولهما انه منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ان
وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاعتاق فباقيان
ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو
الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب
بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام الولد النصرانية قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

فاتت الام عند المشتري ثم ادعى البائع الولد صح وعليه ان يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن **قوله وجه قولهما** وهو قول الجمهور انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما ولذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتق وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس الا مكنة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغريم المولى او ورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته كيلا يتسع لسببه وما قوه وهذا لا يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية وعدمها وهذا اي الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه دلالة التقوم لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا ثبوت حق الحرية ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم الا ترى ان ام الولد النصرانية اذا اسلمت سعت له وهذا آية التقوم في ام الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين ام ولد المسلم وام ولد النصراني فاذا ثبت التقوم في احدهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت امه ام ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثاني اجماع مركب وايضا ثبتت ماليتها فلا يخرج عنها الا بمقتضي حق الحرية الطارئ بالاستيلاد وليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتها فيه **قوله** غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعتين منفعة البيع والسعاية بعد الموت والباقي منفعة من ثلث منفعتها ثلث القيمة بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنة وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف فقد كتبناه في الكلام على قيمة المدبر **قوله** ولابي حنيفة رح الحاصل ان ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم الملك بعضها اعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والاجارة تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز متقوما الا بالملك وان ثبت معه والآدمي وان صار مالا بعد ان لم يكن في الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا احرز للتمول وام الولد اذا احرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان اول تملكها كان للتمول لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنه فصارت محرزة لما ذكرناه وهذه المقدمة تقبل المنع عن انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بان يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابه انه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الاحراز في حق التقوم كالمنتفي ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها لغريم او وارث وان لم تخرج من الثلث او لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان مالا متقوما في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كالمدبر اذا لم يخرج من الثلث او خرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر انه معتبر حالة الحيوة مالا غير انه موصى به اذا لم يكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا الثلث فسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وام الولد وحين ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوما جاز بيعه فاجاب عنه بان عدم جواز بيعه لتحقيق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته والجواب عن الزام التقوم بام ولد النصراني بمنع تقومها والزام السعاية فيها ليس لذلك بل الفروق اذ لا يمكن ابقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فانزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم في اصالة لانه مقابلة ما ليس

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد فدخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رح يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل

بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم فالامور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في معناها من ملك الضرورة او نقول هو لعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتنى على اعتقادهم كما في مالية الخمر او ان ملكه لما احتبس عندها المعنى من جهتها كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس نصيب احد الشريكين عند القاتل لعفو الآخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه لابي حنيفة رح واما قوله في الكتاب وهذا لان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهي الحرية الثابتة بواسطة الولد فيفسر متوقف عليه الاثبات اذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعني ان حكمة اسقاط الشرع تقومها ثبوت الحرية بينها وبين مولاها الحمراء الى آخر ما ذكر في المصاهرة كما اشار اليه عمر رض حيث قال كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودمائهن بدمائكم فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه ان تتنجز حريتها لكن انعقد الاجماع على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوم بعدم الاجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام اعتقها ولدها بهذا الطريق وهو انه يدل على تنجز العتق لكن الاجماع على ان المراد ثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم فان قيل فالسبب متقرر في المدبر ايضا كذلك اي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب ان ينتفي تقوم المدبر ايضا وان انتفائه لسبب الامومية فالجواب ان ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي ان تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال اهلية التصرف فلا يجوز سببية كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر اثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الاصل يعني فيتأخر سببيته لسقوط التقوم الى ما بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المصنف رح في المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه الزام التناقض وذلك ان كلامه في سقوط التقوم لام الولد فحاصل كلامه ان سبب سقوط التقوم في ام الولد ثابت في الحال وسبب سقوطه في المدبر متأخر الى ما بعد الموت كما بينا

باب عتق احد العبدين هذا ايضا من عتق البعض غير ان الاول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الاول من هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول في عتق بعض ما هو بعض لهذا او هو الواحد **قوله** ومن كان له ثلثة اعبد فدخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر وهو الباقي من الاعبد الثلثة فقال المولى احدكما حر فالمسئلة على ثلثة اوجه احدها ان يبين العتق قبل الموت والثاني ان يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث ان يموت العبد قبل البيان اما حكم هذا القول فاذا وقع الآخر منه ان يؤمر المولى بالبيان وللعبيد مخاصمته في ذلك فاذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج الكلام الاول عتق وبطل الكلام الثاني لانه جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر انشاء في المبهم الدائر بينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا للحكم والحر ليس كذلك فيبطل الثانية وصار خبرا بان احدهما حر وهو الثالث فلا يفيد في الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كانه انشاء لان العتق فيه بعد ما عتق الاحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثاني ومع لو تخير عتق الثابت بعتق مستقبل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان اجيب بان البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق بالاول في المعين بيانه لا يكون بالعتق الاول فقط لانه عتق المبهم وهو غير المعين فيكون انشاء من حيث ان المولى

وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما ينزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف

يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على انتشار العتق لكون الانتشار فعلى تقدير الانتشار يعتق الداخل وعلى تقدير الانحصار
لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال فيه ثم يؤمر ببيان الكلام الثاني ويعمل ببيانه وان بدأ ببيان الكلام
الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الاول فاتمه بينه من الخارج والثابت عمل وان قال عنيت بالكلام الثاني
الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل الان حال وجوده كانا رقيقين وان لم يبين المولى شيئا حتى مات احد العبيد
فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول والخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني
لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل
امر ببيان الاول فان عني به الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني وان عني به الثابت بطل الايجاب الثاني
لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان ففي مسئلة الكتاب فاتفقوا فيها على عتق نصف كل الخارج وثلثة ارباع الثابت
واختلف في الداخل ومذهب ابي حنيفة وابي يوسف انه يعتق نصفه ايضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق نصف
وثلثة الارباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب ان قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم اما اذا كان الحال انما هو الحكم
بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل ان عدم التجزي عند الامكان والانقسام هنا ضروري
ورد بعض الطلبة منع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق عنه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله
حرا فيمكن ان يقول يعتق جميع كل واحد عنده بما يسعى في ذلك القدر غنيمة الحاصل على قولهما وقول ابي حنيفة غير انهم يسعون وهم عبيد وعندهما يسعون وهم
احرار والحاصل ان الضرورة اوجبت ان لا يعتق جميع واحد مجانا لا ان يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي الى اداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة
اصلهما ورد على ذلك الطالب بانه عتق الكل عن كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم ان يكون موجب قول المولى احدهما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل احدهما
لا يؤدي معنى كلاهما وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما الضرورة التي اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوقوع
عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله
اعتقت نصفك فكما يقع اعتاق النصف اعتاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل انه لا موجب اصلا لخروجهما عن
اصلهما وموافقة ابي يوسف ابا حنيفة في عتق نصف الداخل لا يوجب موافقته في التجزي ووجه الاتفاقية ما ذكره المص بقوله اما الخارج فلان
الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف
اولا مرجح غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما لكن نصفه الثابت شاع في نصفيه
فما اصاب منه المعتوق بالاول لغا وما اصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق
ثلاثة ارباعه ولانه لو اريد الثابت بالثاني يعتق نصفه الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق منه شيء فيعتق نصفه في حال ولم يعتق منه
شيء في حال فيقسم النصف ليعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة ارباع ووجه المذكور لمحمد في الداخل
ان الايجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك نصيب الداخل **قوله** وهما يقولان انه حاصله ان

بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

ان اصابتها ربع عندهما ليس تعقيبة للكلام بل تعقيبة عتق نصفه لكنه لشيوعه في كله ونصفه شائعا معتوق فما اصاب منه هذا النصف لغى
وما اصاب الفن عتق فلهذا ربعه وهذا المعنى منتف في النصف الذي اصاب الداخل وقد علمت اتفاقا ان محمدا لم يوافق على
هذا التوجيه هذا وتقدم له ايضا ان الايجاب الثاني صحيح في حال وهو ان يريد بالكلام
الاول الخارج غير صحيح في حال اخرى وهو ان يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت
به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء اصلا فانتصف الثابت به فاصاب
كلا ربعه فلذا اعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت هذا ظهر ان المذكور
في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلثة ارباع الثابت على قول محمد ليس لذلك
الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف اصلا بل اصابه الربع ابتداء بما ذكرنا من الوجهين واعلم ان قوله لم يرد
الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل ان يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالمعتق
المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه وللشافعي في اصل المسئلة قولان
في قول يقرع بينهم وفي الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان وعند احمد رح يقرع بينهم وكذا اذا قال
لعبيده احدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ لنا في
تاصيل اعتبار الاحوال ما روي انه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم اصحاب النبي
صلى الله عليه وسلم فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا اعتبارا للاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب
كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف
ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة رواه مسلم والجماعة الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه
لانقطاعه باطنا وقد علمت ان ما صح سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة القاضية
بخلافه قالوا فهذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك والاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا
القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا لا ان ظهر كذا واما مقتضى العادة بخلافه فانها قاضية بنفي ان واحدا يملك ستة اعبد
ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شيء قليل ولا كثير وما قيل انه قد يتفق للعرب ذلك لما غلب
عليهم او يكون وقع له ذلك في غنيمة ان كان مع الفرض الذي فرضناه من عدم شيء قليل او كثير من كل نوع فهو ايضا مما يقتضي العادة
بنفيه لانه اندر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا في المنفرد بزيادة من
بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس انه يحكم بغلطه وصار رده من جنس خبر الواحد فيما يعم به البلوى
ولما ما لم يتصل انما وافقت حال فلا تقسم فليس بشيء لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ان يكا

قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهو سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى
ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة
والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان تجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة سبعة ويجعل جميع المال احدا وعشرين فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة ويعتق من الباقيين من كل واحد
سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت بلغ سهام الورثة ... وعلى قول محمد يجعل كل رقبة ستة لانه يعتق من الداخل عنده سدس ... فيبلغ سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها ...

وتعرف الحكم به والا فمثله يلزم فيما استند للتهمة لا باعتبار الاغوال من قصة الخثيمين بلا فرق وكذا اتحد من اوجه صنيعه وحقيقته الوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب يطلب نفي مقتضاه فيحكم ببطلانه من بعض روايته عن عمران ولذلك اجمع على عدم الاستدراع عند تعارض البينتين ليعمل باحديهما وعلى عدمها عند تعارض الخبرين ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها شرعا لتطييب القلوب ودفع الاحقاد والضغائن كما فعل عليه السلام في السفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا الا يتسارع الضغائن الى من يخصها من بينهن فكان الاقتراع لتطييب قلوبهن وكذا اقراع القاضي في الانصباء المستحقة والبداءة بتحليف احد المتحالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل انها انما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه اسهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان كذلك والا فهو كان احق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله اعلم واما ان نعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فاولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم يقع في كل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه بحلاف ما اذا وزع فانه ينال كل شيئا واما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشرة جوار اذا اعتق احدهم جاريته ثم لم تدر فصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة اعشارها ففيه اصابة المستحق لبعض حقه يقينا ومع القرعة جاز ان يفوتها كل حقها **قوله** فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المص وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما اي قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فستة وذلك لانا نجعل كل رقبة على اربعة وانما نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة من اربعة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد من كون جميع سهام الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال احدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلثة فيكون كل منهم وهو ثلث المال سبعة اسهم بالضرورة فيعتق من الثابت ثلثة من سبعة ويسعى في اربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلثة ارباع الثابت الى ثلثة اسباعه وذلك اقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك اقل من ثلثة بثلث سبع واما قول محمد فانما تضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا يكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها اثنا عشر فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ثلثة فكان المعتوق من يستحق ثلثة الارباع على قوله نصف وعلى قولهما يعتق منه نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في اربعة وهو على قولهما يعتق ثلاثة الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف **قوله** ولو كان هذا في الطلاق يعني قال لزوجتين له احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احداكما طالق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ووجب لها ثلثة ارباعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ووجب لها خمسة اثمانه ومن مهر الداخلة

السهام

من في الطلاق ومن يتعين من حيث مات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاته في الزيادات

ثم ثمنت وجب لها ستة اثمانه فانزعها محمد على المنافضة فان سقط ربع مهر الخارجة لو توجه الطلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهرين مهر سابقتها اعلاهما وهي يسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فيسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثاني موجب في حال وهي ان تراد الخارجة وفي حال وهي ان تراد الثابتة لانه يصير جامعا بين اجنبية ومنكوحة لانه لاعدة لانه قبل الدخول فيتنصف وثبت به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة ومثله ثمن مهر الثابتة فيضم الى ما سقط مع الاول فيتم لها ثلاثة اثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل الا ان الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المص في جوابه قيل هذا اي المذكور في الطلاق قول محمد وحده اما عندهما فيسقط ربع مهر الداخل الا الثمن فلا يتم به الالزام وقيل بل هو قولهما ايضا والفرق ذكر المص انه ذكره في زياداته وذكر تمام تفريعاتها ايضا فيها اما التفريعات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت احد وبعد موت احد العبدين واما التفريعات في الطلاق فمنها ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن يقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين اعني الثابتة والنصف الاخير بين الاوليين لان احداهما ليست اولى به من الاخرى ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة والداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول وان اوقعه على الثابتة طلقت الخارجة ايضا لما تقدم واما الفرق فهو ان الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا في حق الثابت اما على قول ابي حنيفة رح فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزي الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه يقينا بخلاف الطلاق لانه ليس بين كون المراة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه دائرا بين كونه موجبا سقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلافه في العتق واما على قول ابي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر بين ان يكون حرا وبين ان يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابي حنيفة ولا يخفى ان المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول ابي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف احديه لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدوره يجب اعتباره وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابتة عتق اصلا ويجاب بانه انما يجب الاعتبار حال صدوره اذا كان لتعرف حكمه اذ ذاك ونحن انما نريد ان نعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق آخر وهو ان الكلام الاول يعتبر تعليقا في حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو توقع العتق بالابراء عن المهر فلا حيلة من جهة الزوج فان البراءة انما يكون من قبل المراة فيعتبر تنجيزا في حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني مترددا بين ان يوجب او لا يوجب شيئا فاوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن ويبقى ثلثة اثمان مهرها

مسئلة

ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احديهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح

ومن الثانية كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثلثة اثمان مهرها وتستحق به ثمنا واحدا. هذا ولا يخفى ان تخصيص ابي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي انه لا يقول بتجزي الاعتاق في الاعبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له اي لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الآخر المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك رح وعند احمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق اصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت ان يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذي قلته او يقول انت حر بذلك العتق او اعتقتك بذلك العتق اما او اقتصر على قوله انت حر ثم قال اردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا لان هذا اعتاق آخر نازل بغير الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا او فاسدا مع قبض ودونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا عن الملك كما لو نجز عتق احدهما او باعه او لا كذا اعتق الآخر بالمساواة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على تعمده استبقاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بيانا بالعتق الآخر وحكما كما اذا مات احدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختياريا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قريبه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم وذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق احدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي ولا يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في المعتق المبهم المعلق كما لو قال اذا جاء زيد فاحدكما حر فلو مات احدهما قبل الشرط او تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رأيت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد الشرط فلا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال انتما حران ان دخلتما هذه الدار او هذه ثم عين احدهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع احدهما او كليهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد يثبت حكم العتق المبهم فيعتق احدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت الدار ثم قال له مع آخر احدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب او رهن او آجر يكون بيانا ولو استخدم احدهما او قطع يده او جنى عليه لا يكون بيانا **قوله** لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع اي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه وللعتق من كل وجه اي لم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله احدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير قصد استيفاء الانتفاع به مدة حياته وان يعتقه بعد موته والمقصودان من الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فتعين له الآخر دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احديهما اي وطئ احديهما فعلقت لانها صارت ام ولد له فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم يبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبرة وقصد ابقائها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطئ بالمعلق فان الوطئ غير المعلق ليس بيانا عند ابي حنيفة كما ذكر

بالهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك، وكذا لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا، وكذا لو وطئ إحداهما لما بينا. ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق، وله أن الملك قائم في الموطوءة لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا، ولهذا حل وطؤهما على مذهبه إلا أنه لا يفتى به، ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله، والوطء يصادف المعينة، بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

واستشكل على تعين الآخر بموت إحداهما بما إذا اشترى أحد العبدين وسمى ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع أن بالموت لم يبق محلية البيع كما لم يبق محلية العتق وبما لو قال لأمتيه إحداكما بنتي أو أم ولدي ثم ماتت إحداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الأول بالفرق بأن عند إشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لأنه تعذر رده كما قبضه فإنه لا يخلو عن مقدمة تعيب فإنما تعين البيع وهو حي لا ميت ولا يتعين العتق بالإشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بأنه ليس للإيقاع بصيغته بل إخبار ويجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع إلى بيان المولى وقوله لا طلاق جواب الكتاب برواية الجامع الصغير وقوله والمعنى ما قلنا أي من أنه قصد الوصول إلى الثمن والوصول إلى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق **قوله** والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك روي عن محمد في الإملاء إذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر قالوا ذكر الإقباض تأكيدا لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك ولأن المساومة إذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فنفس الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو داخل في طريق الملك أولى أن يعينه **قوله** وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما يعني تطلق الحية لما قلنا في العتق من عتق الباقي بموت إحداهما لعدم محلية العتق وكذا لو وطئ إحدى المرأتين تطلق الأخرى لما بين في مسألة الأمتين التي تليها **قوله** ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما ولم تعلق لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة وبه قال أحمد أما لو علقت عتقت الأخرى اتفاقا ولو قال إن إحداكما مدبرة ثم وطئ إحداهما لا يكون بيانا بالإجماع لأن التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق وقالا تعتق وبه قال الشافعي ومالك في رواية لهما أن الوطء لا يحل إلا في ملك وإحداهما ليست في الملك لعتق أحدهما بذلك الكلام ولذا لو قتلهما إنسان وجبت نصف دية ونصف قيمة لكل منهما فكان بوطء إحداهما مبينا للمستبقي لملكها فتعينت الأخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق المبهم فإنه إذا قال لزوجتيه إحداكما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال طالق بائن أو ثلاثا فوطئ إحداهما طلقت الأخرى اتفاقا وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لأنه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا لطلاق الأخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ذكره في النوادر وحمل ثبوت البيان في الطلاق بالمقدمات في الزيادات لا يثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء وله أن الملك قائم فيهما جميعا حتى قال يحل وطؤهما ولهذا لو وطئهما بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى وإنما يملك البدل بملك الأصل وهذا لأن العتق في المنكرة أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافيها لأن المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الأخرى في حق العلم والمبهمة أحد دائر بينهما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته إن طلقتك فأنت طالق أو لأمته إن وطئتك فأنت حرة فإن له وطأها قبل الشرط لقيام الملك في الحال قولهما إحداهما حرة إن أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه ولا يفيد لأن الوطء إنما يقع في المعينة فوطؤها لم يقع في محل الحرمة فيحل فإذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء إحداهما دليلا على تحريم الأخرى لعتقها وإنما يلزم إذا كان الحلال وطء إحداهما فقط وهو ممنوع ورد هذا النقض بالوطء بالطلاق المبهم فإنه لو صح ما ذكر لزم حل وطئهما

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اول عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف اما الغلام فيرق في الحالين فلهذا يكون عبدا

لو نوى هذه معينة والمطلقة هي المبهمة فاذا اجيب عنه بتقييد حلهما بما اذا لم تتبين احديهما للطلاق وبمجرد وطى احديهما تبين الاخرى فتحرم بخلافه في العتق حاو اول المسئلة وهو انه كما كان الوطى بيانا في الطلاق يجب ان يكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المعينين قائم انما المطلقة هي المبهمة ولا جواب له سوى ان الدال في الاصل اعني الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذا كان الواجب اخراج احداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطى لطلب الولد فان طلبه يفيد استبقاء من هو منها كيلا يضيع حاله ووطى المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها لا وطى الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطيها من جهة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة وعلى هذا فيكفي في دليلها ان يقال وطى احداهما دليل استبقائها كالوطى في الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالته والفرق لما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما في حل وطيهما ثم القول بانه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق انه لا يحل وطيها كما لا يصح بيعها وقد وضع في الاصول مسئلة يجوز ان يحرم احد اشياء كما يجوز ايجاب احد اشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم احد اشياء جواز فعلها الا واحدا الا انه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولم يعلم خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطى لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطى وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق احداهما لا بعد وهذا ففي وطيهما وطى الحرة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف اخذه ارش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطى وعن هذا قيمتهما مملوكين كذلك ايضا وانما وجبت نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما تنتصف لان احداهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة امة اذ ليست نصف كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تعدو ما تحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما وقولهم وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطيهما غير صحيح اذ لا تعليق بل منجز امور في المشروع تعيين محله ولو كان يمينا محضا لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الايمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف انه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة احكامه من حل الوطى قبل الشرط فيهما وابو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما تحل وطى احداهما **فروع** من البيان قال لامتيه احداكما حرة ثم قال لم اعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم اعن هذه الاخرى عتقت الاولى فتعتقان لان قوله لم اعن هذه اقرار بعتق الاخرى عند اقرار بعتقهما وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين على الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للآخر شئ فالفرق ان البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال امة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان فان كان له امة وعبدان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلثة عتق من كل ثلثة وتسعون في الباقي ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا امتين عتق من كل نصفها او ثلاثا عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى اعلم

قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام وتسعى في قيمة نصفها ونصف الجارية وتسعى في النصف والغلام عبد لان كل واحدة من الام

وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم
وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا
والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية

والجارية يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فيعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعا للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهي ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فاذا اعتقتا في حال ورقتا في حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وامه رقيقة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه اولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد رحمه الله في الكيسانيات في هذه المسئلة انه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه فان اعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوي بان محمدا كان اولا مع ابي حنيفة وابي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط ان هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الجارية اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم ارقاء الغلام
وانما هذا جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدري الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك ان هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة تعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية اولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام اولا عتقت تبعا للام واما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام اولا وترق في الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده اذا كان في طرف واحد كان القول قول من انكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا للشك في شرط العتق وكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة وبنتها لوجود الشرط وقد عرف ان الامة لو انكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز ان يدعي رجل حسبة اذا لم يكن بينة ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور في المبسوط تعليله صريح بان الام تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه وافاد ان ذلك في صورة دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب واعلم ان ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقة ابطال قول ابي حنيفة وابي يوسف مع انه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدلاله بان الشرط اذا كان في طرف واحد الخ فقد ينظر فيه بان ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيده في المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فانت حر فذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلوة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبيني الخ فيمكن ان تكون الولادة من الامور التي ليست ظاهرة فيجب الشك فيها اعتبار الاحوال
فيعتق نصف الام كما في الجامع قوله وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين بالله ما يعلم ان الغلام ولد اولا لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية معا لان دعوى الام حرية الصغيرة تثبت في ضمن دعواها حريتها لنفسها لانها نفع

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رح الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق

تختص مع ثبوت ولايتها عليها في الحجامة وتجهيز الصغيرة وعن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتها فعتقتا فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا من الحرية لنفسها وباقي المسئلة بحالها يعني ولدتها فادعت الام تقدم الغلام وانكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبر في الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية او انابة وهما منتفيان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغي ان يثبت حرية بنتها لانه لازم له فلا يفارق الجبر بينها فسلم بحرية الاخرى اجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقها لوجود الشرط بجواز كونه بدلا لما ليتها من المولى ليترك الحلف او اقرارا بينها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبان النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل ما يقربه فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا **قوله** ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقي بحاله يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا من ان دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبتني على صحة الدعوى **قوله** وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية وهي ما اذا اتفقوا على ان ولادة الغلام اولا او اتفقوا على ان ولادة الجارية اولا فلا يعتق احد في الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول وبها تتم الاوجه للمسئلة ستة **فروع** في المحيط لو قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية ثم غلاما فعلى احدا ان ولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات يجب ان يعتق ثلثها لانها تعتق في حال وترق في حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين اولا واما الغلام فانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين اولا وترق في حال بان ولدت الغلام اولا فاما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لان اعتبار الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا اعتق تبعا للام لا يعتق وان يعتق لعتق نفسه واذا اعتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلابد من الغاء احدى الجهتين والغينا اصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصابة بعتق النفسه لانها اقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام اولا لا يعتقان بعتق نفسها وان كانت ولادة الجارية ولا تعتق الاخيرة لعتق نفسها فثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت نصف بينهما وقال ابو عصمة ينبغي ان يعتق من كل ثلثة ارباعها لان الغلام لو كان اولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام عتقت الجارية الاوسطى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول ابي عصمة وقال هو الذي يوافق ما تقدم **قوله** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق اي عتاق الاصل بان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا بتدبير احدهما مطلقا في صحته او مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق احدهما وهو قول الشافعي ومالك واحمد رح **قوله** واصل هذا اي اصل هذا الخلاف لان الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند ابي حنيفة من غير دعوى العبد مطلقا لا في حرية الاصل ولا في

والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها

الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قال رشيد الدين ان الدعوى عنده ليست شرطا في حرية الاصل بل في العارضة فقط بخلاف ما اذا شهدا على عتق الامة فانها تقبل بلا دعوى بالاتفاق وعندهما تقبل بلا دعوى والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت الامة العتق ولا يلتفت الى انكارها وتعتق لانها متهمة ولذا على طلاق النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت وتجبر على ان يوقع على احداهن **قوله** والمسئلة معروفة وجه قولهما ان المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكوة ويصح نذره وحلفه به ولذا لا يحتاج الى قبول ولا يرتد باقرار السيد بحرية العبد برد العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو اقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل واقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا يكفي شهادة الواحد لانه وان كان امرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال ماليته ماله فلذا اشترط في الشهادة عليه اثنان ولابي حنيفة رح ان العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته او هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به على الخصوص ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ولا ثبوت للازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى انه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت عتقها من العتق فوجب ان يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها حتى نقول لو كان العبد ايضا متهما قبلت بلا دعواه وذلك بان لزمه حد قذف او قصاص في طرف حتى لو انكر العتق ولا يلتفت الى انكاره قلنا نفرض الكلام فيما اذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تاثير كون الثابت بالعتق اولا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت اولا او ثانيا فان حول التقدير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى اما حقه سبحانه فما ذكرتم واما حق العبد فانه يصير به مالكا لاكسابه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ قوله في الشهادة والانكاح بنت وحصول ميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى ان لم يحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على ان الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا الا يرى ان العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلانه لما اجتمع على العتق الحقان فلحق الله تعالى قلنا لا يمنع التناقض في حرية الاصل ولا في الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين ورد عليه ايضا عتق الامة فان فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه وايضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوتها لانه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانما يتعارضان لان لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والاخر يقتضي ان لا يثبت بل الحق ان المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح ما ثبت شرعا الاحتياط في امره وتوكيده وامر الفروج مما احتيط فيه فالاحتياط ان لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شيء آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة

وإذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسألة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم يكن الدعوى شرطا فيه لأنه إنما لا يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين هذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا

والطلاق وبين عتق العبد لأن حق سبحانه الثابت بحرمة الاسترقاق انتفى الدعوى ليس من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى بل هما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لأنه تعالى هو خصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتتضمن شهادته دعواه وأما حق العبد فإن افتقر ثبوته إلى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائبا عنه وبهذا القدر يحصل به المقصود فإن المثبت في الحقيقة ليس إلا الشهادة وإنما يبقى فيما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة وح يجب الترجيح ويترجح حقه تعالى ولا يقال المقرر ترجيح حق العبد لأنا نقول ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما انتفى معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل إذا أثبتنا حق الله تعالى كان إثباتا لحق العبد بالقاعدة إنما فيه أنه يثبت على زعمه **قوله** وإذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسألة الكتاب أي الجامع الصغير وهي ما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لأنه عتق المجهول والدعوى من المجهول لا يتحقق وإنما يتحقق في المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوى والبينة وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما **قوله** لو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه الخ جواب عما قد يقال إذا كانت الدعوى ليست شرطا عنده في الشهادة على عتق الأمة فينبغي أن تقبل على عتق إحدى أمتيه والواقع أنها لا تقبل عنده أجاب بأنه إنما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الأمة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا فشابه الطلاق وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى كذلك وكذا هذا والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فانتفى المستند فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين فإن قيل لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الأمة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لأن الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الأوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فإن وطء الأخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبت تحريما مؤجلا بانقضاء العدة وأما الأمة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده وما قيل إن وطأها مملوك له وإنما منع منه لخبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك والوطء فيه ما فيه **قوله** هذا كله إذا شهدا

بعتقه أحد العبدين من صحته أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه ليكون شهادتهما بالعتق هو وصية وهو المستثنى في أول المسألة وقدمنا أن التدبير حيث ما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته أو بعد وفاته يقبل استحسانا لأن عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى وإذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصي لأن تنفيذ الوصية من حقوق الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي أو الوارث بخلاف حالة الحيوة فإن الخصم في إثبات العتق ليس هو السيد لإنكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان هو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الوصي كان كل من العبدين وهما معينان وفي حالة الحيوة لا تصح خصومتهما لأنه لم يعتق منهما شيء بالعتق المبهم بخلاف ما إذا مات المولى قبل البيان فإن العتق ح يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه فمات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا يقام البينة إلا على منكر فعرض بعض الشارحين أن تكون الورثة منكرين ذلك فهذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه يعني الوصي إن كان الورثة منكرين أو الورثة إن كان الوصي منكرا فقيل فيشكل ما لو كان كل من الوصي والوارث منكرا فلا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا وأيضا قوله وأداء الشهادة في مرض موته إلى آخر يفيد أنها تقبل في حيوته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لأن المدعي العبدان وهما غير من أنكرت فيه العتق أعني المبهم والحاصل أن إنزاله مدعيا لا يكون إلا بعد موته وأما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج إلى الشهادة وردت

ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

لعدم المدعي ولا خلاف لا تقبل فيه اذا كان المريض قد اصمت حال اداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب ان يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى ان يموت فيتعين بها لا يحتاج الى اعادتها وتعيينه فيطلق لسانه فترد لعدم خصم المدعي قوله ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر ارد واية نيدعن ابي حنيفة واختلف المشائخ في تفريعها على قوله فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية لاسنادها العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا تقديرا وقيل تقبل لان العتق شاع بينهما بالموت فيصح دعواهما كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال لجواز ان يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى باحداهما وتبعه صاحب الكافي فقال هو الاصح وللقائل ان يقول شيوع العتق الذي هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله احدكما حر ولا مثبت له الا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو اثبت الشهادة بصحة ثبوتها وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور واذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه فرع شهدا انه حرر امته بعينها فسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما الزما وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه سماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب ان يكون قولهما كقول زفر في هذه لانها كشهادتهما على عتق احدى امتيه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا انه اعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما الا باسمها وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان معينا كما اوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما ان القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف ما لو شهد وابيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول ابي حنيفة لانه لابد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تتحقق هنا من المشهود له لانه غير متعين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية وهذا فصل في الشهادة على العتق اذا ادعى العبد العتق واقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى وفي الامة اذا قالت شاهدي الاخر حاضر يحال ولو اقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في امر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذت فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا اقام شاهدا واحدا شهد بعتق عبده واختلفا في الوقت او المكان او اللفظ او اللغة او شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه اقر انه اعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشهادة فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وصفا لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة وازالة الملك كذا في المبسوط فيحمل ما ذكر قبله من ان اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مؤدى اللفظين واحدا او متحدا ولا يخفى ان التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من ان العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضي انهما اذا اختلفا في انه اعتقه او وهبه لنفسه انه تقبل ولو اختلفا في الشرط الذي اعتق به العتق فاحدهما جعله كلام زيد والاخر الدخول مثلا لم تجز اذ لا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين ولو اتفقا على انه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فانهما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد احدهما انه اعتقه بجعل والاخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد اقل المالين او اكثرهما ولو كان المولى يدعي اقل المالين مع العبد ينكره عتق لاقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لاكذابه احد شاهديه وهو الذي يشهد له بالاكثر فان ادعى العتق بالف وخمسمائة قضى عليه بالف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان العبد عتق باقرار المولى فانما تقوم على المال ومن ادعى الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالف والاخر بالف وخمسمائة يقضى بالف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سيأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهدا انه اعتقه ان كلم زيدا والاخر ان دخل فايهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوض عنه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما

بحجة تامة ولو تعارضت بينة العبد والمولى في مقدار ما اعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو اقام العبد البينة على انه قال ان اديت الي الفا فانت حر وانه اداها واقام المولى انه انما قال اذا اديت الي الفين الى اخره فالعبد حر ولا شيء عليه لانه اثبت بينة تنجز الحرية فيه ولو اقام العبد بينة انه باعه نفسه بالف واقام المولى انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الاصل ولو باعه نفسه بالف فاداها ثم استحق الالف من يد المولى كان حرا وللمولى ان يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا باداء المال وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المودى مستحقا ومغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا عليه فيقع من الوجه المستحق في الحكم ويكون له ان يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمته للمولى اذ قد اقرا بالرجوع انهما اتلفا مالية على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بان المولى كان اعتقه ان شهدوا انه اعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وان شهدوا انه اعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا ان عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به ان لم يكن ثمة مدع لذلك وتبين به ان الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم وانه اخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثاني فان العبد محكوم بحريته فلا يمكنه ان يدعي العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر آخر اعني حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا ودخلته التاء للمرة كقول الفرزدق على حلفة لا اشتم الدهر مسلما ولا خارج من في زور كلام وقال امرؤ القيس حلفت لها بالله حلفة فاجر لناموا فما ان من حديث ولا صال والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية عن المنجز قدمه عليه لما جرى المعنى على ان يوالي التصرف الذي يصح تعليقه بالحلف به كما فعل في الطلاق فلم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون انضبط لاحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه فلا تتفرق احكامه في الابواب ولي العتق الحلف به اعلم ان بعضا من الاخبار تعليق الطلاق بالملك بل الملك جائزة في العتق روى ذلك عن احمد للفرق بان الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحيح مطرد فيهما قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق اي ذلك المملوك الذي اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا ان يكون اضافه الى الملك قرره ليرده اليه بقوله لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظا اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف المملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول حر وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا بالملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بما ملك قبل الدخول يقارن بقاءه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول يعني بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى ملك لا صريحا ولا معنى وعدل المص الى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ليفيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان في اللفظ انما اضيف الى لفظ اذ المضافة الى الدخول لكن معنى اذ غير ملحوظ الا كان المراد يوم وقت الدخول هو واذا كان يكون على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييد اليوم به لكن ذا اريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا من الاستعمال الفصيح في نحو يومئذ يوم

ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط
فيعتق إذا بقي في ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق
وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهر لأن اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجوده أقل مدة الحمل بعده وكذا إذا ولدت لأقل
من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للأم لا مقصودا ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء
ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال العبد الضعيف فائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها وإن قال كل
مملوك أملكه فهو حر بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لأن قوله أملكه
للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال لكن يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين أو سوف فيكون مطلقه
للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين

المؤمنون فإنه لا يلاحظ فيه وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره نعرف أن لفظ إذ طريقة كالتكثير للعوض عن الجملة المحذوفة أو عماد له أعني التنوين ولكنه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الألفاظ لا يخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى دخل يعتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بينا أي من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم **قوله** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ بل قال إذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق ما استفاده بعد التكلم بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجه المص بقوله لأن قوله كل مملوك لي مختص بالحال لأن الجزاء حرية المملوك في الحال تعليق في الحال بمملوك أي المملوك للحال حرية هي الجزاء فإنما دخل الشرط عليه تأخرت إلى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي حالا أن المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أي الاختصاص من حيث معنى متعلقها إليه أي معنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص الملك بالمتصف بالمملوكية الحال وهي أثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه بأثره في الحال ولا ثبت الأثر بلا مؤثر ولو ويعتق بقول القائل كل مملوك لي حر العبيد ولو مرهونا أو مأذونا أو مؤجرا والإماء وإن كن حبالى وأمهات الأولاد والمدبرون وأولادهم ولا يدخل المكاتب إلا أن ينوي لأنه مملوك من وجه فهو حر يدا ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر مع عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع أن طائفة من الأصوليين على جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل الملك المشترك لا الاثنين إلا أن يعنيهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول أبي يوسف رح إلا أن ينويهم سواء على العبد التاجر دين أو لا وقال محمد رح يعتقون نواهم أو لا عليه دين أو لا وفي قول أبي حنيفة رح إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلا فلا وإن كان عليه دين لم يعتقوا نواهم أو لم ينوهم ولو قال عنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما يملكه إذا ملكه لأنه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته في إبطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل لأن التعليل يشير إلى أن عتق ما هو في ملكه مع هذه النية إنما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكي كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فإن قلت ما الفرق وفي الوجهين هو تخصيص العام فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكي لأنه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فإن الثابت به أصل العموم فقط فيقبل التخصيص **قوله** ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق سواء ولدته لستة أشهر من وقت القول أو أقل أما إذا ولدته لستة أشهر فلأن اللفظ أي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من وجهه وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده فجاز أن لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم تقل لا يعتق بالشك لأنه لا شك لأن الظاهر أن مدة الحمل لا يكون إلا أكثر من ستة أشهر وأما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلأن التيقن بوجوده حال التكلم وإن كان ثابتا لكن لفظ المملوك المطلق إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا للأم كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لا يباع منفردا بل تبعا للحامل والدليل على أنه يعتبر في الشرع نفسا مملوكة أنه لا يجزي عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره قال المص وفائدة التقييد بالذكر أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الأنثى فيدخل الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على أن لفظة مملوك لا لذات متصفة بالمملوكية وتقييد التذكير ليس حيز المفهوم أن كل ما ليس التأنيث مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فإن التأنيث فيه علم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث ثم ما بين الاستعمال استمر فيه على الأعمية فوجب اعتباره كذلك **قوله** وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد يعني أن بعد غد ظرف لحر لا لأملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك في الصورتين فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف دون المشترى لفظ بعد غد بالرفع لأنه فاعل جاء لا ظرف وجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال وكذا لفظ أملك للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولذا يستعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كالإسناد إلى متوقع واقتضائه طلبا على ما عرف في النحو وهذا أحد المذاهب لأهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال أملك وإن

ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رح في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا يرى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه

وان كان حقيقة في الاستقبال الا انه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا يقال املك كذا درهما فكان كالحقيقة في الحال والمذهب الثالث انه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي اورده بعض الشارحين على كلام المص ظنا ان مذهب النحاة ليس الا انه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه والعجب منه جواب من رام دفعه عن المص بان قول المص انه للحال لا يدل على انه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة في المعنيين انتهى فترك النظر الى قول المص ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة وهذا صريح في انه في الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا ان الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلثة وما اختاره المص مذهب محققين منهم كابي علي الفارسي وغيره فاستدل عليه بما ذكر المص من انه لا يراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال واما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند ابي حنيفة فكان ينبغي ان يكون الجواب عنده على خلاف المذكور واما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به ان تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة اي المعينة لما عدا المفهوم من الحقيقيين بخلاف نحو اسافر واتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة واذا ثبت انه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان ايجاب حريته عبد مملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال **قوله** ولو قال كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما ليضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن ابي يوسف في النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر وهذا لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من ان المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن ابان في جواب المسئلة واوجب المروي عن ابي يوسف وايضا لو لم يرد به الحال فقط فاما ان يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك او استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لانه ح في المعنى كل مملوك لي او سا ملكه مدبرا وكذا ان اريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد رح فيمن قال كل مملوك املكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم او ملكه الى غد خلافا لابي يوسف فان على قوله لا يتناول الا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف او يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك املكه الى ستة اشهر او الى ان اموت او ابدا الزم ان لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو ان يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرناه وعرف من هذا ان صور التراكيب ثلثة اقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك املكه الى ستة ونحوه وما فيه خلاف فيما هو نحو كل مملوك املكه غدا ففي قول محمد رح يعتق في الغد ما كان في ملكه والمستحدث خلافا لابي يوسف وقول محمد اقيس بمسئلة يومئذ بقليل تامل **قوله** ولهما ان هذا اي مجموع التركيب لا لفظ املكه فقط كما في بعض الشروح

ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

ش

ايجاب عتق وايصاء لان حاصل التدبير ايجاب للعتق مضافا الى ما بعد الموت وهذا هو الايصاء به فوجب ان يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء الذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة اي الحابسة لما فيها والرهن الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة ايضا للاتفاق على انه لو اوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو اوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك اولاد دخلوا واستحقوا الموصى به وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كانه قال عند الموت كل عبدي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومن ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد املكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه اعني لفظ املك وهو ممنوع عندنا اورده المصنف واجاب بان الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وانت تعلم ان هذا قول العراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو امكن ان يقال ان لفظه اوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قول كل عبدي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا فانما يحتاج اليه عند موته من قوله فسلا يتعلق به عبارته عند ملكه الصريحة لانها لم تتناول الا الحالي ولا المقدرة لتاخير تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا مطلقا ولا مقيدا لكان انفع لا اشكال **فروع** من تعليق العتق قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا ان يكون البيع بخيار فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا ان يكون المشتري بسمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه ان يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرير زواله ولو قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي رحمه الله لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط لما كان مجموع امرين كان الشرط وجود الملك عند اخرهما وبينا مثله في الطلاق ولو دخل احدهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع امرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فانت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كانه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه انت حر اذا كلمت فلانا كان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك مضافا اليه واذا لم يصح التدبير

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف

العتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والعتق يتجزى عند ابي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من بيت او حجر او حمار وقال احدكما حر او قال هذا او هذا عتق عبده عند ابي حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا ان ينويه ومثله واصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال احدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب انما كقوله هذا حر او لا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فانت حر فشهد فلان وآخر انه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وآخر انه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان انه كلم اباهما فان جحد الاب جازت شهادتهما لانها على ابيهما بالكلام وعلى انفسهما لوجود الشرط وان ادعاه ابوهما فعند ابي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما ومحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وابو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان الشهادة بها يظهر ان صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله اعلم بالصواب

باب العتق على جعل اخر هذا الباب عن ابواب العتق منجزا ومعلقا كما اخر الخلع في الطلاق لان المال في هذين البابين من الاسقاط غير اصل بل الاصل عدمه فاخر ما ليس باصل عما هو اصل والجعل ما يجعل للانسان على شيء يفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبطها بعضهم بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للقتبي وديوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان **قوله** ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف او بعتك نفسك بالف او وهبتها على ان تعوضني الفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما اذا طلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان في ملكه حكما للمعاوضة وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك ان كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده او اعرض اما بالقيام او باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له ان يقبل بعده واذا صار دينا على حر صحت الكفالة به وعليه ما ذكر في الاصل اعتق امته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئا فليس على الولد من ذلك المال شيء لانه ليس على الوارث في دين المورث شيء ولو كانت اعطته في حياتها كفيلا بالمال الذي اعتقها عليه جاز لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافي لثبوته بالشرع لضرورة حصول العتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل والمنافي هو الرق فانه ينبغي ان لا يكون للمولى على مرقوقه دين ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه الا باداء او ابراء من له وبدل الكتابة يسقط بدونهما

والاطلاق فى لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة

قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الى الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه فى الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدى فكان اذنا له دلالة

بان عجز نفسه وكما تقع الكفالة به جاز ان يستبدل به ما شاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه فى المجلس فيجوز ان يستبدل به كالاثمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام **قوله** والاطلاق لفظ المال اى فى قوله على مال ينتظم انواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وان لم يقل جيدة او صعيدية وكفرس او حمار او عبد لان الجهالة يسيرة فتتحمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل المص كونه معاوضة مال بما ليس بمال بان العبد لا يملك نفسه يعنى الحاصل له فى مقابلة المال ليس بمال لان نفسه بالنسبة اليه ليس بمال لانه يبقى على اصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والقصاص وان تاخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد فيها يغتفر ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط فى تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى ولو اتاه بالقيمة اجبر المولى على القبول كما فى المشهور وهو مذهب مالك واحمد ولو لم يسم الجنس بان قال على ثوب او حيوان او دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو ادى اليه العبد او العرض فاستحق ان كان بغير عينه فى العقد فعلى العبد مثله وقد علمت ان القيمة فى مثله مخلص وان كان معينا بان قال اعتقتك على هذا العبد او الثوب او بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم انه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا ان فى البيع اذا لم يجز مالك العبد ينفسخ العقد وهنا لا ينفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا فى المال جنسه او مقداره بان قال المولى اعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة او على الف وقال العبد على خمسمائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو انكر اصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول فى بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثبات الزيادة او لانه يثبت حق نفسه ببينته ولو كان هذا الاختلاف فى مسئلة التعليق بالاداء وهى التى تلى هذه المسئلة اعنى قوله ان اديت الى الفا فانت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله فى بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما فى الدين الواجب عليه اما هنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لا منافاة بين البينتين لانه يجعل كان الامرين كانا فاى الشرطين اتى به العبد يعتق ولان البينتين للالزام وفى بينة العبد معنى الالزام اتم فانها اذا قبلت عتق العبد باداء خمسمائة ليس فى بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم العبد اداء المال هكذا فاعرف ما تميز المسئلتين ولو قال المولى اعتقتك امس على الف فلم تقبل فقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه اقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال له قلت لك امس انت حر ان شئت فلم تشا وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب امس بالف فلم تقبل قال الآخر بل قبلت القول للمشترى لان القائل اقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشترى فهو فى قوله لم تقبل راجع عما اقر به **قوله** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الى الفا فانت حر ومعنى صح اى التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على ما تبين وفى خلافية زفر فرد الكتابة ليست صريحا فى التعليق بل صريحة فى عقد المعاوضة وصار العبد ماذونا ضرورة الحكم الشرعى بصحة هذا

وان احضر المال اجبر الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه ويخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض

التعليق واستقصاءه آثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضي ان يمكن شرعا من الاكتساب ولانه رغبه في الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى للمال منه فيلزم ان يجعله ماذونا لان الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المتحققين لصفة انهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فادى عتق لوجود الشرط **قوله** واذا احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه في ساير الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيره ان ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو مديده اخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم ان يحكم بانه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا اما لو كان خمرا او مجهولا جهالة فاحشة كما لو قال له ان اديت الي كذا خمرا او ثوبا فانت حر فادى ذلك لا يجبر على قبوله اي لا ينزل قابضا الا ان اخذه مختارا واما عدم العتق في قوله ان اديت الي الفا فحججت بها فانت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا ان كان قال ان اديت الي الفا احج بها يجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والحج وقع مشهورة وقال زفر وهو لا يجبر على القبول اي لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان اخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على ان يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا اتى به اما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم ان الكتابة قد ثبتت بصيغة الشرط اذا اختلف ما يقتضيها كقوله ان اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره في الذخيرة مقتصرا ونسبه الى الخزانة هو المسئلة في مبسوط شمس الائمة وذكر ان هذا هو المذكور في نسخ ابي سليمان وفي نسخ ابي حفص لا تكون مكاتبة وله بيعها لانه تعليق بشرط وهو ان يؤدي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية ابي سليمان انه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص بما لو قال ان اديت الي الفا في هذا الشهر فلم يؤده فيه واداه في غيره لا يعتق اتفاقا واجيب بان ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التامل **قوله** ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال لينال العبد شرف الحرية من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهذا معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان اديت الي الفا فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت ادائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه كذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد اجيب بان هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان اريد بالمبدل العتق اما ان اريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى ان المال ملك السيد فكيف يعتق بادائه وان انزل مكاتبا كما ان المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيف ما قرر واما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر السيد لو

ن ثمن

ن لفظاً

ن المعنوية

ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي

يمتنع بيعه عليه ويصير العبد احق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه اداء مال وتسري الحرية الى المولود للامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبدا لان رق الولد وحريته تابعة لامه والحاصل انه ثبت لها جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه اى على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقا وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة الا انه لما تاخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت احكام الشرط اكثر من احكام المعاوضة فلم يثبت من احكامها الا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المودى زيوفا فان له ان يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة من تقديم ملك العبد لما اداه وانزاله قابضا اذا اتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت اثاره بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى فلا يودى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة والثالثة لو كانت امة فولدت ثم ادت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه وادى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو ابرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر انه لا موقع لها اذ الفرق بين تحقق الابراء في الموضعين يكون والابراء لا يتصور في هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه او رد عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما ياتي به خلاف عند ابي يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف في انه يجب ان يقبله ويعد قابضا ووجه قول محمد ان وجوب القبول انزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير انه لو قبل عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف في الايمان بالطلاق وقول ابي يوسف عندي اوجه لان الكتابة التي تبطل بالبيع هي القائمة عنده وانت علمت ان انزاله مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند ادائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا احكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة ح معتبرة شرعا لتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت احكامها ومنها وجوب القبول اذا اتى بالمال السابعة انه يقتصر على المجلس ولا يعتق ما لم يود في ذلك المجلس فلو اختلف بان اعرض او اخذ في عمل آخر فادى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من ادوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى او اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة انه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل ان يودى بخلاف المكاتب التاسعة ان للسيد ان ياخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل ان ياتيه بما يوديه بخلاف المكاتب العاشرة انه اذا ادى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فياخذه بخلاف المكاتب الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فاداه بعده اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر بخلاف الكتابة لا يعتق باداءه لانه ملك المولى الا ان يكون كاتبه على نفسه وماله فانه ح يصير احق من سيده فاذا ادى منه عتق **قوله** ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لم يعتق لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وادى الباقي فانه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء في ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به تحقيق شرط العتق الذي

ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء فى قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفى قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتى على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم

هو حق العبد وليس اداء البعض كذلك الا اذا كان فى ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار انه محقق الكل لا باعتبار انه بعضه فلهذا كان فى هذه المسئلة خلاف وما ذكره المصنف هو المذكور فى الايضاح وذكر شيخ الاسلام انه لا يحتسب **قوله** كما ذكرناه وذكر فى شرح الطحاوى ان عدم وجوب قبول قول ابى يوسف وانه القياس والاستحسان هو ان يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان ان وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه ومما تقدم يعلم انه السيد لو حفظه منه قبل ان ياتيه به جاز ولا يحتسب له به من اداء المشروط

يحتسب

قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه بمثلها اما العتق فلوجود الشرط وهو اداء الالف حتى يعتق لو كانت الفا مغصوبة الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة واما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها اضافة للمصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق هذا يحتمه النظر فى الغرض وهو ان يعتقه باداء الف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكه وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى **قوله** ثم الاداء فى قوله ان اديت يقتصر على المجلس فلو اختلف المجلس بان قام العبد او اعرض او اخذ فى عمل آخر ثم ادى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس فى كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتها عليه لا يتوقف ففى اى وقت ادى عتق وعن ابى يوسف ان ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بان ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء فى مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير فى اى وقت شاء ويجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى ان معنى كونه ضرورة الفعل ان تحقيق الفعل بدونه فلا يمكن فلا يثبت مدلولا اصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده اى وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب ان يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر فى حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء **فرع** قال ان اديتما الى الفا فانتما حران فادى احدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق اداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام فى المعاوضات وكذا لو ادى احدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم باحدهما فان قال المودى خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى لاؤديها اليك عتقا لان اداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو اداؤهما ولو ادى عنهما اجنبى لا يعتقان لانه ليس اداؤهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمودى ان يرجع على المولى لانه ادى ليعتقهما ولم يحصل مقصوده فان قال اؤديها اليك على انهما حران او على ان يعتقهما فقبل على ذلك عتق ويرجع المودى بالمال على السيد انا العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبى ولو قال هما امرانى ان اؤديها اليك فقبلا عتقا لانه رسول عنهما

قوله ومن قال انت حر بعد موتى على الف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب فى عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر فى مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة

بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهكذا

او تأخر وجوده الى وجود المضاف اليه وهو ما بعد الموت ولو امكن اضافته في البيع ونحوه وجب فيه ايضا كون قبول البيع متأخرا الى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه ايجاب للتدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا اعتق بعد الموت لا يلزمه شيء لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا لا فائدة في تعليقه بالقبول الا ليظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وصار كما اذا علق تدبيره بدخول الدار واورد ان قوله انت مدبر على الف هو معنى انت حر بعد موتي على الف فينبغي ان يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال اجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفي النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في انت مدبر على الف لانه قابل الالف في التدبير بحق الحرية وحق الحرية يتحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في انت حر بعد موتي على الف لانه قابلها بحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت ولا يخفى ان التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت في كل من قوله انت مدبر وانت حر بعد موتي بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق الحرية تفريعا عن صحة تلك الاضافة التي هي التدبير لا ان حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق واعلم انه روى عن ابي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف ليس له القبول الساعة وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو في ملكه وقال قبلت اداء الالف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان في ان القبول بعد الموت وروى عن ابي يوسف فيهما ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن ابي يوسف في الاملاء اذا قال اذا مت فانت حر على الف درهم فالقبول في حالة الحيوة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين في ان القبول حالة الحيوة الا انه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال وذكر السرخسي عن ابن سماعة عن محمد لو قال انت مدبر على الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر في الجامع في مسئلة انت حر بعد موتي على الف ان القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في ان القبول بعد الموت كما سوى ابو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك وح فما قيل انهم اجمعوا انه لو قال انت حر على الف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب ان يجعل قول ابي يوسف في قوله اذا مت فانت حر على الف ان القبول في حالة الحيوة رواية في انت حر بعد موتي على الف ان القبول في حالة الحيوة بل اولى لان هناك الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى ان الاعدل هو لزوم المال على ما ذكره عن ابي يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فانت مدبر وهذا لان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما في المكاتب واذا لم يستحق عليه بسبب غيره على ان المروي عن ابي يوسف ومحمد في المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وح يكون حرا فالحاصل تأخر وجوب المال الى زمن حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق والمرجع

قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمته خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها

العتق عند القبول فقال المعروف عن المشائخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة و نفذ غيره او الوصي او القاضي ان امتنعوا الا ان الوارث يملك عتقه تنجيزا او تعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل لا يعتق واذا اعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولذا لو اعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت ليس اهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت واجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بان هناك الموجود بطلان اهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروج عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو في ملك غيره ولا يخفى ان هذا ليس دفعا للسؤال وهو ان ما علل به من فوات اهلية المعلق لا اثر له وما ذكر من خروج المحل عن محليته عتقه ان اراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بان انتفاء اهلية المعلق ليس له اثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد انه علل بما لا اثر له فاجاب المجيب بابداء علة اخرى او مانع وقال هذا جواب هذا السؤال فالصواب في الجواب المنع حيث علل بان الميت ليس اهلا للاعتاق لم يبين ان عدم اهليته لذلك بسبب الموت او غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده انه ليس اهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار اجنبيا عنه وانما لزم خروجه الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تاخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما اورده شارح فقال ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر من الاهل في المحل وان كان الميت ليس اهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال اهليته ثم استدل على ذلك بان القبول بعد الموت معتبر فهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى ان بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط ان يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل اعتقه القاضي ولم يكن بولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له نعم يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم امرهم بالاعتاق ان كان السبب انه لا سائبة فلو يبقى في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلو لم يبق على ملك الميت ويجعل مشغولا بحوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من ان يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بمرته لان القبول لا يعتبر بعده بل يتقيد به وما تقدم من نوادر بشر من قول ابي حنيفة فاذا مات المولى وقال قبلت اداء الالف عتق ظاهر في عدم تاخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل بذلك الشارح ايضا مع ان في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتاخرين من قال ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا اصح فانه يفيد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله انت حر المعلق او المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول اثره بعد موته الا انه يبقى عليه اشكال هو لزوم ان يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال انت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا اثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسياتي لبعضهم فرق في الباب بعده **قوله** ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين مثلا او اقل او اكثر فقبل العبد فعتق ثم مات المولى

ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم عليّ على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لأن من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم عليّ ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم عليّ ففعل حيث يجب الألف على الآمر لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل

من ساعته فعليه أن يسعى على العبد قيمته عند أبي حنيفة في قوله الآخر وهو قول أبي يوسف وفي قوله الأول وهو قول محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين أما العتق فلأنه جعل الخدمة وهي معلومة إذ هي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبولها كما في غيره من المعاوضات لأنه يصلح عوضا لأن المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال ثم إذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسئلة أخرى وهي ما لو باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وإن كان غير فاحش فلذا عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وإن ذكره في الكتاب ولا يخفى أن بناءه على تلك ليس بأولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي إذ لم يقل أحد إنه ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة قيل لأن الناس يتفاوتون في الاستخدام وقيل بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت لأن الخدمة منفعة وهي لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ إذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثليا وصار كما إذا تزوج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم عمد ثم استحقت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا ووجه قولهما أنها بدل ما هو مال وهو العبد وإن كان لا يملك نفسه كما إذا اشترى عبدا أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لأن العبد مال بالنسبة إلى السيد حيث أخرجه ما لا في مقابلة إخراجه عن ملكه نعم هنا ملاحظة أخرى هي أنه باعتبار ما أخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالإعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي الأمر الثابت في نفس الأمر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما إذا باع عبدا بجارية ثم استحقت إنما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لأنه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا بإسقاط القصاص وإبطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالإعتاق ثم رجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد وعندهما بقيمة ثلاثة أرباع رقبته وعلى هذه النسبة فقس وعلى هذا لو أعتق ذمي عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول فإن أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة أما لو كان قال إن خدمتني أربع سنين أو سنة مثلا فخدمه بعضها ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع إن كان الميت المولى وكذا لو أعطاه مالا عوضا عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على ما تقدم وكذا لو قال إن خدمتني وأولادي فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق **قوله** ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجنيها وفي بعض النسخ زيادة لفظ عليّ قبل على أن تزوجنيها وليس في عامة النسخ وهي أدل منه على إيجاب المال على المتكلم وإن كان كذلك مع تركها أيضا فإذا أعتق فأما أن تتزوجه أو لا فإن أبت أن تتزوجه لأنها ملكت نفسها بالعتق فإن لم تتزوجه لا يجب على الآمر شيء أصلا لأن حاصل كلامه أمر المخاطب بإعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليه أي منه أو من مهرها فلما لم تتزوجه بطلت حصة المهر منها وأما حصة العتق فباطلة إذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الأجنبي بخلاف الخلع لأن الأجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف المعتق فإنه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والإجارة والتزويج وغير ذلك من الشهادات والقضاء فلا يجب العوض إلا على من حصل له المعوض وإن تزوجته قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب قيمتها سقط عنه وما أصاب مهرها وجب لها عليه فإن استويا بأن كان قيمتها مائة أو كان قيمتها ألفا ومهرها مائة أو ألفا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وإن تفاوتا بأن كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث **وقوله** وقد قررناه من قبل يعني ما ذكر في خلع الأب ابنته الصغيرة حيث

ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر
وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف
بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم له وهو البضع
فلو زوجته نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو مؤدى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه

قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكنه لم يذكر ان اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح **قوله** ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل اي اعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على ما بينا فما اصاب قيمتها اداه للمامور وما اصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها منه وجب لها عليه وانما وجب للمامور حصة قيمتها هنا لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض الف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم قيمتهما فما اصاب قيمة المدبر سقط وما اصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن اخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي ان يفسد لانه ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجب ان عند عدم وقوع العتق لانه من جهة الآمر وهو لم يقبضها والمبيع في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا يعتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمامور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فيكتفي به لان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها اجيب بانه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا في البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسده ولا يخفى انه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المصنف لم يذكره يعني محمدا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الاول يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر اذا زوجت نفسها وقد بيناه

باب التدبير لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحيوة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا احسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما ان التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها الى ههنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا او معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيزه نفسه وغاية الامر ان بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط فاما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فكل مملوك املكه حر فعتق فملك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد اضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك املكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند ابي حنيفة وقالا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل في تدبير المالك اما الوكيل فلا في المبسوط لو قال لصبي او مجنون دبر عبدي ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق واذا انجر الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبره احدهما جاز ولو جعل امره في التدبير اليهما بان قال جعلت امره اليكما في تدبيره فدبره احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء الا يرى ان له ان ينهاهما قبل ان يدبراها في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط

قوله اذا قال الرجل لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير

انه ما ثبت فانت حر ... او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

فانه اي التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فادان كلما افاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلثة اقسام الاول ماكون بلفظ اضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك او اعتقتك وانت حر او محرر او عتيق او معتق بعد موتي والثاني ماكون بلفظ التعليق كان مت او اذا او متى مت او حدث لي حدث حادث فانت حر وتعورف الحدث والحادث في الموت وكذا انت حر مع موتي او في موتي فانه تعليق العتق بالموت بناء على ان تعارف
مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لمن اعتق عن دبر موته فكان هذا وانت حر بعد موتي سواء وكذا اعتقتك او حررتك بعد موتي والثالث ماكون بلفظ الوصية كاوصيت لك برقبتك او بنفسك او بعتقك وكذا اذا قال اوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر او عتيق يوم اموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لان قرنه بما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا لجواز ان لا يموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت صريحا لانها استعملت في الشرع كذلك قال م في ام الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم تورثت بلا شبهة في هذا المعنى ولو قال انت حر بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم ان يبيعوه وان مات فلان اولا يصير مدبرا مطلقا فليس له ان يبيعه خلافا لزفر لانه كما اذا قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه او قال انت حر بعد كلامك فلانا او بعد موتي فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتي ان شئت ينوي فيه فان نوى المشية الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشية بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ ابوبكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق ههنا الا بالاعتاق من الورثة او الوصي لمثل ما تقدم في باب التقدم من انه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شاء وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة في نوادره وكذا بيوم وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي فللوارث ان يعتق تنجيزا او تعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو اعتقه عن كفارته عتق الميت دون الكفارة والذي ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله او بمضي زمان طويل او على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه او يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي لينجز عتقه ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشية من العبد في مجلس موته او علمه بموته كما لتقييد مشيته في حياته بمجلس التفويض اذا كان بهذا اللفظ وعن ابي يوسف لا يتوقف به لانه في معنى الوصية لا يشترط في الوصية القبول في المجلس وفي الاصل لو قال بعد موتي بيوم لم يكن مدبرا وله ان يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر ابوبكر الرازي ومن المشائخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا اخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم او شهر وتقرر ملك للوارث في ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق مالم يعتقوه واما في مسئلة المشية يتصل مشية العبد بموت المولى قبل تقرر الملك الوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم اشكل على ما تقدم في مسئلة انت حر بعد موتي بالف فان زمن القبول كزمن المشية فانه يجب ان يوصل بموت المولى او بعلمه بموته لا يقال ينبغي ان يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت بحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من ان القبول غير معلوم يدفع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول اسهل من رفعه ثم ادخاله

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما فى الكتابة وقال الشافعى رح يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما فى سائر التعليقات وكما فى المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهى غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا فى الحال اولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى زمان بطلان الاهلية

فى ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب ان يبقى لحاجته ثم لا شك ان هذه المسئلة اقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم فى انت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل اولى لان مجئ اليوم بعده معلوم غير مشكوك فهى من مواضع النص على انه لا يعتق الا باعتاقهم **قوله** ثم لا يجوز بيعه المدبر المطلق وهو الذى علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل او بكتابة او عتق على مال وما سواه من التصرفات التى لا تبطل حقه فى الحرية يجوز فيجوز استخدامه واجارته واخذ اجرته وتزويج المدبرة ووطيها واخذ مهرها وارش جنايتها وعلله المصنف فيما ياتى بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له ان يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى فى جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه ما منع الا رقبة واحدة واما ما استهلكه فدين فى رقبته يسعى فيه وعرف من هذا ان ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفى الجناية على المدبر ما فى الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتى وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت اجيب بان الوصية بالنسبة الى المعدوم يعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو اوصى لولد فلان وله ثلاثة اولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم بعينهم فبطل بموت احدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد لفلان ثلثة اولاد ثم مات احدهم ثم مات الموصى كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل فى الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت **قوله** وقال الشافعى يجوز بيعه وهبته للمنقول والمعنى اما المنقول فما فى الصحيحين من حديث جابر رض ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبى صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم ارسل بثمنه اليه وفى لفظ اعتق رجل من الانصار غلاما عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وانفق على عيالك ولحديث جابر رض هذا الفاظ كثيرة وروى ابو حنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفى الموطا مالك بسنده الى عائشة رض انها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو اخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبرونى عن امراة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سالتها ماذا اردت قالت اردت ان تموتى حتى اعتق قالت فان الله على ان تباعين من اشد العرب ملكة فباعتها وامرت بثمنها فجعل فى مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك ان الحر كان يباع فى ابتداء الاسلام على ما روى انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق فى دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره فى الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحاب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير ازالة الرق عنه ثم رأينا انه صح عن ابن عمر رض لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطنى رفعه وصحح وقفه واخرج الدارقطنى ايضا عن على بن ظبيان بسنده عن ابن عمر رض قال المدبر

ن السيد

مسحورة

بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك **قال** وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات

ابن الثلث وضعف ابن ظبيان والحاصل ان وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها الا ان يعارضه لو قال عمر يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده يجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا ان بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في ام الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فيبطل ما قيل حديث ابن عمر لا يصلح لمعارضة حديث جابر وايضا ثبت عن ابي جعفر انه ذكر عنده ان عطاء وطاؤسا يقولان عن جابر في الذي اعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اعتقه عن دبر فامره ان يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال ابو جعفر شهدت الحديث من جابر انما اذن في بيع خدمته رواه الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن ابي جعفر وقال ابو جعفر الهندواني كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك ابن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة عن ابي جعفر انتهى ولو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه ان كان شيعيا فقد صرح ابو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن علي زين العابدين بانه شهد حديث جابر وانه انما اذن في بيع منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث وقال ابن الحز قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد او ان المراد انه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد ان التدبير عقد لازم سعى في تاويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تاويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص آخر يمنع من العمل باطلاقه وانت اذا علمت ان الحر كان يباع للدين ثم نسخ وان قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوي فعلا جزئيا لا عموم لها وان قوله اعتق عن دبر او دبر اعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي دبر مقيدا انه اعتق عن دبر منه وان ما عن ابن عمر موقوف صحيح وحديث ابي جعفر مرسل تابعي ثقة وقد اقمنا الدلالة على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد انه قول جمهور السلف علمت قطعا ان المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروي عن عائشة بجواز كون تدبيرها كان مقيدا لانه ايضا واقعة حال لا عموم لها فلم يتناول حديث جابر وعائشة محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله او غلطه واما المعنى الذي ابطل به الشافعي منع بيعه مما ذكر في الكتاب من قوله انه تعليق العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز فظهر انه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المص من قريب قوله وعلى هذا اي اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكر المص بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولا سبب غيره اي غير قوله انت حر المعلق وفي اذا مت او المضاف في بعد موتي فاما ان يجعل سببا في الحال او بعد الموت وجعله سببا في الحال اولى لانه حال وجوده بخلاف ما بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده اولى فهذا اوجه اولوية سببيته في الحال ووجه آخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعني لا يثبت

فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه

الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يبطلهما بخلاف الجنون لان المجنون اهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه او وهب له وقبل وليه وزواله كما لو اتلف شيئا فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد ابواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط لنزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون اهل لذلك بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع ان يجعل قوله المذكور حال حيوته سببا بعد موته فلزمت سببيته فى الحال والا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا فى الحال لانها ايمان واليمين فى مثله يعقد للمنع كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر وانه يضاد وقوعهما ووقوعها هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير فلزم من كلامه ان التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يكون سببيته المعلق قبل الشرط لما ذكرنا ولكن فى التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال واذا انعقدت لسببيته العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو تحقق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك انه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فانت حر فانه لما علق بامر كائن البتة لزم ان المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم ان لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لا محالة بجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجىء الغد بعد وجود اشتراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما اما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بان الكلام فى الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على ان كون التعليق بمثل مجىء الغد وراس الشهر نادرا غير صحيح واجيب ايضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو ان التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة ويرد عليه انه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارة الايضاح وهو ان المراد بقوله والوصية خلافة فى الحال اى الوصية المذكورة وهى الوصية له برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فانت حر وانت حر بعد موتى وبين قوله اعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف اعتقوه واورد عليه ان هذا تعيين محل النزاع لان حاصله ان الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا هذا العبد لا يكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاولى سواء ولا تخلص الا ان تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به او كون العتق علق صريحا بالموت او اضيف وكون ذلك فى الشرع يقتضى ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق ان الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر رضى الله عنه له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك **قوله** وان مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا اول الباب ولان التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته **قوله** وولد المدبرة مدبر فيعتق بموت سيد امه والمراد المدبرة المطلق اما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفى بعضها ولد المدبر

وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة

وليس بصحيح لان الولد يتبع امه لا اباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا او امة فولدها عبد سواء كان ابوه حرا او عبدا
مدبرا او لا ثم المراد الولد الذي كانت حاملا به وقت التدبير والولد الذي حملت به بعد التدبير اما ولدها المولود قبله فلا يسري اليه تدبيرها
اما الذي كان حملا فبالاجماع كما لو اعتقها وهي حامل واما الذي حملت به بعده ففي قول اكثر اهل العلم وهو المروي عن عمر بن عبد العزيز
والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك واحمد وللشافعي فيه قولان
قال المصنف وعلى ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم يعني الاجماع السكوتي فانه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت
وجابر وابن مسعود رضي الله عنهم ولم يرد عن غيرهم خلاف ولا يخفى ان سريان التدبير الى الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل
فيه اشكال مما ذكر من طرف الشافعي ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى
لانها تدعي حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لانها تثبت زيادة حق العتق
واعلم انه اذا احلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره في المبسوط
في باب الشهادة في التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة اشهر كان مدبرا والا لا ولو
كانت بين اثنين فدبر احدهما حملها فولدته لاقل من ستة اشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد
ان يقدر على السعاية ولو دبر احدهما ما في بطنها بان قال ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر انت حرة بعد موتي فولدت لاقل
من ستة اشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبر نصيب الآخر بتدبيره امه
وان ولدته لاكثر من ستة اشهر من الاول والاقل منهما تدبير الام فالولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام
باعتبار انه كالجزء وفي هذا لا يفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذي دبر الام واما الام فنصفها مدبر للذي دبرها والآخر بالخيار بين
ان يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا وبين ان يستسعيها او يعتق الام ولا يضمنه للولد لان المدبر ضمان التي ان الضمان انما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت
فيه حق الشريك الا يرى انها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة
ولانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت لها حق ان يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون احق بولدها واذا دبر ما في بطن امته لم يكن له
ان يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها وذكر في كتاب الهبة من الاصل اذا اعتق ما في بطن امته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل في المسئلة
روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز عتقه ولو اعتقه جاز هبتها لانه بالتدبير
لا يزول ملكه عما في البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل
القسمة واما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما في بطنها
فولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توامان وتيقنا بوجود احدهما حال التدبير في البطن ولو
دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعد هذا لاقل من ستة اشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة ايضا تبعا للام
فاذا ادت عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان تؤدي عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولد ان يسعى فيما على الام

وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

لانه دخل في الكتابة بان مات المولى خالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير او باداء الكتابة فيختار الانفع له فان كان يخرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لان مقصوده حصل **فرع** ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة او ولد حرة ولا يريد به عتقا لم يعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكانه قال انت مثل الحرة او المدبرة **قوله** وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا او قتلت او غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السببية لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة هل يقع اولا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فاذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فاما ما قبل آخر جزء من اجزاء حيوته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وان برء من ذلك المرض او رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال انت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فانه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه اجيب بانه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غد فانه لا يثبت حقا للعبد للحال وكذا هنا ولو قال اذا مت او قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على اي وجه كان وعلى قول ابي يوسف ليس مدبرا لانه علقه باحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه باحد الامرين يمنع كونه عزيمة في احدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر احسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن احد الامرين من الموت قتلا او غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيف ما كان وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشيء آخر بعده فاذا مات ففي القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل ان يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط **قوله** ومن المقيد اي من التدبير المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين فانت حر فان مات قبل السنة او العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة او العشر لا يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات في راس السنة يعتق لان الغاية لولاها تناول الكلام ما بعدها لانه منجز بتنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للاسقاط ومنه انت حر قبل موتي بشهر او بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول ابي حنيفة يستند العتق الى اول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته **قوله** بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليهما في الغالب اليه
لانه كالكائن لا محالة فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال قاضي خان على قول اصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تابيد معنى وهو كالخلاف في النكاح الموقت اذا سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تابيد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والمصح كالمناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وابطل به النكاح وهنا جعله تابيدا موجبا للتدبير **فروع** كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق

فانه

باب الاستيلاد

بالتدبير وسقطت عنه الكتابة للاستغناء عن اداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول ابي حنيفة وابي يوسف. وقال محمد يسقط ثلث بدل الكتابة ايضا اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على ما لو كاتبه اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لم يرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر كاستحقاق ام الولد جميعها بالاستيلاد ولو كاتب ام ولده صح ووجب المال فعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع وروده المعقود عليه ولهما طريقان احدهما ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل بمقابلته وعرف ان التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة الا يرى انه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز ان لا يموت المولى قبله واذا ثبت ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه. بخلاف ما لو كاتبه اولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا شيء من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر ان التدبير وصية برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو اوصى لعبد بانسان ثم باعه او قتل لا تنفذ الوصية في قيمته والثمن من مال الموصي وفي اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف ما لو كاتبه اولا ثم دبره لان حقه عند التدبير احد الشيئين اما بدل الكتابة ان ادى او مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول ابي حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهتا حرية فيختار ايهما شاء وعن ابي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزى عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا اقل المالين وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لانه ثلثها سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر ابو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند ابي حنيفة يتخير بين ان يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في اقلها عينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فادى احدهما المال كله لم يرجع على اخيه بشيء لانه ما ادى عنه شيئا انما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت احق به فكان اداء من ادى احدهما وكلاهما اداء من مال الام ومثله لو كاتب مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك احدهما ولدا ولد له في كتابته من امته فعليه ان يسعى في جميع الكتابة لانه قائم مقام ابيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلهذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

باب الاستيلاد لما اشترك كل من المدبر وام الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير انسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه فالاستيلاد مصدر استولد اي طلب الولد وهو عام اريد به خصوص وهو طلب ولد امته اي استلحاقه

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها

الحق باب بيان احكام هذا الاستحقاق الثابتة في الام واصله استولاد ومنه كيب تقلب الواو ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وام الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفي عرف الفقهاء اخص من ذلك وهي الامة التي ثبت ولدها من مالك كلها او بعضها **قوله** واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له يعني اذا ثبت نسبه منه وليس هذا وهما منه مستلزما بمجرده ففي العبارة قصور وذلك لانه يريد انها اذا ولدت منه صارت ام ولد بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها وله وطؤها الى ان قال فاذا مات ولم يتخير عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا مذهب جمهور الصحابة رضي الله عنهم والتابعين والفقهاء الاربعة الا من لا يعتد به كبشر المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها احتجوا بحديث جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا رواه ابو داود وقال الحاكم على شرط مسلم واخرج النسائي عن زيد العمي عن ابي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححها الحاكم واعله العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا المصرح به منهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما في رواية ابي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن امه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن غيلان وذكر البيهقي انه احسن شيء روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين في دينه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امرأة من خارجة قيس بن غيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لي امرأته الآن تباعين في دينه فقال عليه الصلاة والسلام من ولي الحباب قيل اخوه ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فأتوني اعوضكم قالت فاعتقوني وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم مني غلاما ولا يخفى ان هذا لا يدل على انها تعتق بمجرد موته بل على انه صالح ان يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام بل فيها انها لا تعتق ولا يبين الحكم الشرعي في ذلك من انها عتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم به عليه الصلاة والسلام نعم يحتمل ان يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي وان العوض من باب التفضل منه عليه افضل الصلاة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه بعينه فمن ذلك ما ذكر المصنف رحمه الله انه قال يعني في مارية القبطية اعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجة عن ابن عباس قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها وفي طريقه معلول بابي بكر بن عبد الله بن ابي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس ضعفهما ابن ماجة وابن عدي في الكامل الا انه اعله بابن ابي سبرة فقط فاستبان ان حسينا ممن يكتب حديثه واخرج ابن ماجة ايضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة اذا مات الا ان يعتقها قبله ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا لو تعين حسين وسواه ابو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن [illegible] حدثنا ابي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ايما امة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه احمد عن ابن عباس رضي الله عنهما ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول وقد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه

لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع

مع ان ابن القطان قال في كتابه وقد روي باسناد جيد قال قاسم بن اصبغ في كتابه ثنا محمد بن تصفاح ثنا مصعب بن سعد ابو خيثمة المصيصي ثنا عبد الله بن عمرو وهو البرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس رض قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال عم اعتقها ولدها من طريق ابن اصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد ومما يدل على صحة حديث اعتقها ولدها ما قال الخطابي ثبت انه عم قال انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه عم انه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بيعهن تفريق واذا ثبت قوله اعتقها ولدها الخ وهو متاخر الى الموت اجماعا وجب تاويله على مجاز الاول فيثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر انه عم نهى عن بيع امهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم اخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار واعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المديني واسند تضعيفه عن النسائي وغيره ولينه هو قال يكتب حديثه ثم اخرجه عن احمد بن عبد الله العنبري حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه واخرجه ايضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملي وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن عمر واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي رفعه فقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطني وعندي ان الذي اسنده خير ممن وقفه واخرج مالك في الموطا عن نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب رض قال ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة وكذا رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا واخرج الدارقطني من طريق عبد الرحمن الافريقي عن سعيد بن المسيب ان عمر اعتق امهات الاولاد وقال اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا ولا شك في ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة احد لعمر حين افتى به وامر فانعقد اجماع الصحابة رض على عدم بيعهن فهذا يوجب احد الامرين اما ان ما كان من بيع امهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كنا نفعل في عهده عم حكمه الرفع لكن ظاهرا لا قطعا فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما انه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابي بكر رض لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة واهل الردة ومانعي الزكوة ثم ظهر بعده كما هو عن ابن عمر كنا نخابر اربعين سنة ولا نرى بذلك باسا حتى اخبرنا رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها واياما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فاما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك مما يدل على ثبوت ذلك الاجماع ما اسنده عبد الرزاق انبانا معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رائي ورائي عمر في امهات الاولاد ان لا يبعن ثم رايت بعد ان يبعن فقلت له فرايك ورأي عمر في الجماعة احب الي من رايك وحدك في الفرقة فضحك علي رض واعلم ان رجوع علي رض يقتضي انه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع ام الولد فقال تقرير

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطى والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله

يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان ابو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها بما حبلت بولد لسيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له ان يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وقد زال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى ان يثبت المزيل **قوله** ولان الجزئية قد حصلت بين الواطى والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين اللذين خلق منهما قد اختلطا وهو جزؤهما بحيث لا تمييز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية اوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل ام ولده فقد بقي اثرها شرعا واليه اشار عمر رضي الله عنه فيما رواه محمد بن قادم قال الشعبي ابتاع امة من رجل قد اسقطت منه فامر عمر بردها وقال بعدما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الا ان السبب يضعف بالانفصال فاوجب حكما مؤجلا الى الموت ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه ان المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعدما ولدت له ابنه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها اجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب للرجال اي الى الاباء لا الى الامهات فكذا الحرية التي تبتني على النسب بالامومة تثبت في حق الرجال لان النسب اليهم فيتفرع عليه ان الحر لو تزوج امة فولدت له ثم اشتراها صارت ام ولد له تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فيتفرع عليه ما لو ملكت الحرة زوجها العبد بعدما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الامومية بدونه فلو ولدت امة لرجل بزنى ثم ملكها لا تكون ام ولد له فلا تعتق بموته واورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هذا ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومية بلا ثبوت نسب اجيب بانه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت دون نسب والحق ان ثبوت الامومية في نفس الامر لا يكون الا تبعا لثبوت النسب واما ثبوته ظاهرا في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد ام ولده الزوجية **قوله** وثبوت عتق الخ يعني قد ثبت بما ذكرنا انه يثبت لها عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا ان يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية ولقائل ان يقول ثبوت العتق المؤجل الى اجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء راس الشهر فانت حرة مع ذلك لم يمتنع البيع فله ان يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى اجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق ان استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بالخص للبيع ولا يوهبن بمعنى الجزئية التي اشار اليها عمر رضي الله عنه **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى احدهما ولدها ثبت نسبه وتصير ام ولد له فهنا حكمان وقع التشبيه في احدهما وهو امومية الولد اذ لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه مع قوله لان الاستيلاد لا يتجزى اي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها ام ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزى ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدمه في باب العبد يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه

قال وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع

فلا تناقض فصار الحاصل ان الاستيلاد لا يتجزى اى لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد الا ضرورة لانه مبني على ثبوت النسب وهو لا يتجزى واما احتمال ان يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المص انه يتجزى في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل اثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة واما التعليل بثبوت النسب فانما هو لوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على ان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد **قوله** وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها وهو مطلق لهذه الامور فاشبهت المدبرة ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف في الاجارة ويملك كسبها واعتاقها وكتابتها واورد ينبغي ان لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة نجيز ان المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي ان لا يصح قبله واجيب بان جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطي ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تتزوج قبله ولقائل ان يقول اذا علم ان احتمال الشغل مانع ولا شك في ثبوته بعد الوطي لم يتحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب ان يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده افضل واعلم ان المسئلة ذكرها المص في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بلا دعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي ولدها بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل فافاد ان المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا حق لما عرف عن مسئلة ما اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطي مع ان احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطي لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند ابي حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش غير انه لا يحل وطيها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها فح فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطيها وان كان لا يستحب او يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش ام الولد ليس قويا على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة الا ترى انها متعينة لثبوت نسب ما تاتي به ففي تزوجها جمع بين الفراشين **فرع** اذا باع خدمة ام ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه وعن ابن سماعة عن ابي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق **قوله** ولا يثبت نسب ولدها اى ولد الامة لا ام الولد رجع الى المذكور اول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا ان يعترف به وان اعترف بوطيها وهو قول الثوري والبصري والشعبي ومروي عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعي ومالك واحمد رح يثبت اذا اقر بوطيها وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبرأها بعد الوطي بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا انها بالوطي صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرأها

لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاء اولى وقلنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلابد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

مع ان الحامل تحيض عند مالک والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بان الغالب ان لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبار للغالب فيحكم عنده وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطيها في دبرها يلزمه الولد عند مالک مثله عن احمد وهو وجه ضعيف للشافعية

قوله لانه لما ثبت هذا وجه قول الجمهور في ان النسب يثبت بما تاتي به الامة بمجرد وطيها وهو انه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى يثبت نسب ما تاتي به المنكوحة بعد العقد وان لم يعلم الوطي لوجوده بعد المفضي الى الولد فثبوته بعد وطي البالغ وانه اكثر افضاء الى وجود الولد اولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان بعقد وضع للولد ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع من قصده وهو سقوط تقومها عند ابي حنيفة ونقصانها عنده بها وكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطي وما قبل الوطي قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما علمتم فيبقى على الاصل من العدم واعلم ان اصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رض قال اختصم فيها سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن اخي عتبة بن ابي وقاص عهد الي انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا اخي يا رسول الله ولد على فراش ابي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فراى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي واجيب بانه عم انما قضى به لعبد بن زمعة على انه عبد له ورثه لا على انه اخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو اخوك يا عبد وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان اخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بان في رواية اخرى هو اخوك يا عبد واما الامر بالاحتجاب فلما راى من الشبه البين بعتبة فيدفع الاول بان هذه الرواية معارضة لرواية هو اخوك وهي ارجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب اخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا ان كل من اشبه غير ابيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب اخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا اذ قوله الولد للفراش ينفي به نسبه عن سعد بانه ابن اخيه وعن عبد بانه اخوه يعني الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو عبد لك يا عبد يرث لك من ابيك واعلم انه روي عن الامام احمد اما الميراث فله واما انت فاحتجبي منه فانه ليس لك باخ فتصريحه بانه ليس اخا يفيد انه ليس اخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو اخوك وقوله اما الميراث فله يفيد انه اخوها فاما ان يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه او يجمع بان المثبت الاخوة الشرعية والمنفي الاخوة الحقيقية وهو ان يخلقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب ان يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا ان هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا خاصا بازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال لستن كاحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك فيكون قوله الولد للفراش بمعنى ام الولد فح فقوله هو لك اي مقتضى كونه لك ان اقول انه اخوك كما هو الرواية الاخرى مع ان ما نقل عن عمر بن الخطاب انه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تاتيني وليدة يعترف سيدها انه قد الم بها الا الحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك او اتركوا رواه الشافعي ره فهذا يعارض بما روي عن عمر رض انه كان يعزل عن جاريته

فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعقد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطيها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة

فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتزمه واسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس انه كان ياتي جارية فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن زيد ابن ثابت انه كان يطئ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه انه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك مما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطيها والمروي عن عمر رضي من قوله انه يلحق بالواطي مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك انا بينا ان الواطي اذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار اولاد الاماء مطلقا فقال لهم اني ملحق بكم اياهم مطلقا واما من علم منه الاعتدال في الامر بان يعترف من يجب عليه الاعتراف به وينفي من يجب عليه نفيه او يجوز فانه لا يتعرض له **قوله** فان جاءت بعد ذلك اي بعد ان اعترف بولدها الاول ثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف بالولد الاول يتبين كون الولد مقصودا من الوطي فصارت فراشا وبهذا تبين ان الاولى في تعريف الفراش كون المراة مقصودا من وطيها الولد ظاهرا كما في ام الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى ذلك او وضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد يثبت نسب ما ياتي به فانها تكون متعينة بثبوت نسب ما تاتي به وهو الذي عرفوا به الفراش وظهر انه ليس الفرش ثلثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان قوي هو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش ام الولد بسبب ان ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان وقد صرح المص فيما تقدم ان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المراة متعينة لثبوت نسب ما تاتي به او كونها يقصد بوطيها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغي انه لو اعترف فقال كنت اطأ لقصد الولد عند مجيئها بالولد ان يثبت نسب ما اتت به وان لم يقل هو ولدي لان ثبوته بقوله هو ولدي بناء على ان وطيه كقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغي انه اذا اقر انه كان لا يعزل عنها وحصنها ان يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى ان يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء واظن ان لا بعد في ان يحكم على المذهب بذلك وفي المبسوط انما يملك نفيه اي نفي ولد ام الولد اذا لم يقض القاضي به او لم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيه ما دليل اقراره من قبول التهنية ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تاتي به في حال حل وطيها له بعد الولد اما لو عرض لعده حرمة مؤبدة بان وطيها اب سيدها او ابنه او وطئ السيد امها او ابنتها او حرمت عليه برضاع او بكتابة فانه لا يثبت نسبه الا باستلحاقه ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تاتي به لاقل من ستة اشهر من حين عروض الحرمة او لتمامها ففي الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو اعتقها ثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تاكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض او نفاس او صوم او احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المقتضي عادة بلا اختيارها **قوله** وهذا الذي ذكرناه يعني من عدم لزوم الولد وان اعترف بالوطي ما لم يدعه حكم اي في القضاء يعني لا يقضي عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن ابي حنيفة انه ان

وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره

كان حين علم لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى ان يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها وحصنها او لا او لم يعزل ولكن لم يحصنها تركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر وهو كونه منه بسبب ان الظاهر عدم زنى المسلمة يقابله اي يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود احد الدليلين على ذلك وهما العزل او عدم التحصين وبهذا ظهر ان لفظ او في قوله وان عزل عنها او لم يحصنها اولى من الواو لتفيد نفيها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه انتهى ولا اشك في ان كونه من غيره عند ضبط العزل ظاهر واما ظهور كونه من غيره اذا افضى اليها ولم يعزل عنها محل نظر بل اورد ان الشرع علق وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال لانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى انه لا احد يقول بثبوت نسب ما تأتي به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل انه يثبت عزل عنها او لم يعزل وهذا فرع الانزال فحينئذ فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز ان يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز ان لا يستلحق نسب من ليس منه فكان الاستلحاق مبنيا على اليقين او الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكا **قوله** وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد ذكرهما في المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا كمذهب الشافعي والجمهور لان ما ظهر سببه يكون محالا عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغي ان يدعي ولدها اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد وفي الايضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال قال ابو يوسف احب ان يدعيه وقال محمد احب ان يعتق الولد وعبارة المبسوط يفيد الوجوب **قوله** فان زوجها المولى فجاءت بولد يعني من الزوج فهو في حكم امه حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد وله استخدامه واجارته الا انه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطئ امها وهذه اجماعية وهي واردة على الطلاقه حيث قال هو في حكم امه وهذا لان الصفات القارة في الامهات تسري الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان ابوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه اقوى فان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح في حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزى ثبوتا فلا يثبت من المولى والا وجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سنذكره وقول المصنف لان الفراش يقتضي ان لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير اصلا وهذا اذا جاءت به لستة اشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد فيستحب بل يجب ان لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بموت المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف انه ابنه من امته تعلق حرا كما تقدم غير انه عارضه في ثبوت النسب منه معارض اقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم تعارضه في ثبوت الحرية ذلك فاخذ باقراره ولم يستحسن قول المصنف وتصير ام ولده لان الكلام في تزويج ام الولد وانما يحسن لو كان في تزويج الامة التي ليست ام ولد كالصورة المذكورة في المبسوط

ويعتق الولد ويصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم

تزوج امة من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير ام ولد له لتعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية وقد تكلف له ان قرر قوله الثابت نسبه ابتداء وما بعده بناء عليه فكانه قال ولد الثابت نسبه يثبت من الزوج او انه زوج مولاها فخرج لا يستقيم الا انه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف الام الى الولد فيكون ابن ام الولد بمنزلتها **قوله** ويعتق الولد اي ولد ام الولد المزوجة الذي ادعاه يعتق لانه ملكه وهو يزعم انه ابنه وتصير امه ام ولد له تعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية حيث ادعى ان ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل هذا اعتراف بانه علق حرا من الاصل فان قيل فكيف يثبت امومية الولد مع عدم ثبوت النسب التي هي مبنية عليه اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وان كان في ضمن ما لم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع ان احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطء قبل النكاح الا انه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبرا في الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق **قوله** واذا مات المولى عتقت يعني ام الولد من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ بقوله لما روينا اي لانه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يبعن يدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره انه غريب قال وفي الباب احاديث وساق كثيرا مما قدمنا ما ليس فيه زيادة على انها لا تملك وتعتق بالموت ولا يخفى ان كلها في غير المقصود فان المقصود انها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب الا ان جماعة تكلموا في عبد الملك **قوله** ولان الحاجة الى الولد اصلية كحاجته الى الاكل اي حاجته الى امه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه لصيانة ابوته لحاجته الى وجود نسله كما جاز له اكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذا لم تخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب ولا يتبعه امومية فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغرقا سعى في كل قيمته على ما سلف **قوله** ولانها اي ام الولد ليست بمال متقوم عند ابي حنيفة على ما تقدم حتى لا تضمن بالغصب عنده يعني اذا ماتت عند الغاصب حتف انفها بخلاف المدبر اذا مات عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين اثنين فاعتقها احدهما لا يضمن لشريكه شيئا ولا تسعى هي في شيء ايضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بما يضمن به الصبي الحر عند ابي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فافترسها واجمعوا انها تضمن بالقتل لانه ضمان دم وان لم يكن مالا متقوما لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون مفلس فليس لاصحاب الديون ان يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى ياخذوا بمقابلته ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل جلادا بوتا

وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى فإن أسلم تبقى على حالها له أن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت واجب وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولأنها إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد له ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة تعاد مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له وقال الشافعي رحمه الله لا تصير أم ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور

وعتق المديون قبل موته صحيح وليس لأرباب الديون أن يمنعوه من العفو وقيل إذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص (رجل)
شيئا لأنه ليس حقا ماليا والأقرب المتبادر الأول **قوله** وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها يعني إذا أسلمت عرض الإسلام على مولاها فأبى
فإنما يخرجها القاضي عن ولايته بأن يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة إلا أنها لا ترد إلى الرق ولو عجزت نفسها لأنها لو ردت إلى الرق ردت إلى الكتابة لقيام
إسلامها وهو الموجب فلا فائدة في إثبات حكم التعجيز وعلى هذا إذا أسلم مدبر النصراني وتسميته مثل هذا دورا على التشبيه وإلا فاللازم ليس إلا ما ذكرنا من
عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر أنها لا تعتق ديرا إلا بذلك وإلا لو وجدت المال في الحال لم يحتج إلى ذلك وقال زفر يعتق للحال أي لحال إبائه
مولاها الإسلام فالسعاية دين عليها تطالب بها وهي حرة فإن أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو أسلم بعده وقال مالك والظاهرية
تعتق مجانا وقال الشافعي وأحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن استمتاع من الاستمتاعات ويجبر على نفقتها إلى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له
وجه قول زفر أن النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لإسلامه وذلك في إعتاقها بالقيمة له بخلافه مجانا كما قال مالك فإن فيه إهدار
ما يجب له من النظر إذ أمكن وأما قول الشافعي ففيه زيادة إضرار به من إيجاب النفقة بلا استمتاع مع إمكان دفعه عنه قلنا الأمر كما ذكرت غير أن قولنا
أدفع للضرر عنه فإنه لا يصل إلى البدل عقيب عتقها لأنها تعتق مفلسة وربما تتوانى في الاكتساب إذ كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر (عنهما)
الذمي بذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل إيفائها حقه وقد قال علماؤنا خصومة الذمي والدابة يوم القيامة أشد من خصومة
المسلم بخلاف ما إذا وقفت عتقها على الأداء فإنه حامل لها على الإيفاء وكان اعتبارنا أولى إذ كان النظر
للجانبين وقوله ومالية أم الولد إلخ جواب سؤال يرد على أبي حنيفة في قوله بنفي مالية أم الولد وهو أنها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عنده
فقال الذمي يعتقد تقومها فيترك وما يعتقده أي مع ما يعتقده لأنا أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقومة في حقه وقد تقدم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها
قنة مع الخلاف فيه ولو سلم أنها ليست متقومة مطلقا فهي محترمة وهذا يكفي لإيجاب الضمان وإن لم يكن المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين
مستحقين إذا عفا أحد الأولياء المستحقين يجب المال للباقين لأنه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزم بدله
بمنزلة إزالته هلكه بلا بدل فيتضرر الذمي إلا أن هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه أيضا
بأن بدل الكتابة يقابله ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم أم الولد وأنت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبي حنيفة رحمه الله
بدلا عما هو مال خارج إليه وإن كونه بدل ما ليس بمال قول محمد وإذا مات مولاها النصراني عتقت وسقطت عنها السعاية لأنها أم ولد له **قوله**
ومن استولد أمة غيره بالنكاح يعني تزوج أمة لغيره فولدت له ثم ملكها صارت أم ولد بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا
وهو قول أحمد في رواية وقال الشافعي لا تصير أم ولد له وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت
ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب لأن أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدته
ثبت له حق الحرية ونحن نقول إنما ثبت فيها وصف الأمومية بعد الملك وإن كان بأمر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الأمومية
ويتفرع على هذا أن لو ملك ولدها من غيره قبل أن يملكها له بيعه عندنا خلافا له لأنه ليس ابن أم ولده بخلاف ما لو ملكت له منها قبل ملكها
فإنه يعتق اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز

لہ انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزانى ولنا ان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزانى وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة واذا وطى جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها فى كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد

بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث فى ملكه من غيره فانه فى حكم امه ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت او بنكاح على انها حرة فظهرت امة تصير ام ولد عندنا وللشافعى فيه قولان فى قول تصير ام ولد له وفى آخر لا تصير ام ولد له وهو الولد المغرور وهو حر بالقيمة يوم الخصومة قوله لانه اى للشافعى انها علقت برقيق فلا يكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزانى وهذا لان امومة الولد باعتبار علوق الولد حرا وانما قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام فى تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهو حر فلا بد ان تستحق هى الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بان الرق فى ام الولد يستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما اقتصر المص اقتصارا للعلم ببقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزءها جزء ومقتضاه حريتها اذ لا يخالف الجزء الكل الا ان الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزءا حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة فى بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبت بحق الجزئية حق لشبهة الحرية وعدمها لما بقى منها فى الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق ويتأيد هذا بقوله ايما امة ولدت من سيدها فهى حرة بعد موته فتقدم الحديث فشرط فى ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها ولنا ان سبب الامومة فى محل الاجماع هو الاصل هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل يعنى عند قوله اول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطى والموطوءة بسبب الولد والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الجزئية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت فى الزوج فتثبت الامومة بخلاف الزنا فانه لا نسب يثبت للولد من الزانى فيه فلا تصير الامة التى جاءت بولد من الزنا اذا ملكها الزانى ام ولد له استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير ام ولد له وهو القياس فان قيل فكان ينبغى ان لا يعتق الولد اذا ملكه ابوه من الزنا اذ كان لا يثبت نسبه منه اجاب بقوله وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره اى نظير ام الولد من الزنا حيث لا يعتق عليه لعدم انتسابه الى ابيه من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان اخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك او ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله عليه الصلاة والسلام ايما امة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليله بثبوت النسب على ما يأتى به منه تثبت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا الا انا ننفى المفهوم المخالف وهم وان اثبتوه لقدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد فى ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا انه يشكل على تعليلنا اذا ادعى نسب ولد امته التى زوجها من غيره فان نسبه انما يثبت من الغير لا من السيد وتصير ام ولد له وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا او اعترافا ومما تنتفى منه الامومة ما ذكر فيه الايضاح امة جاءت بولد فادعاه اجنبى لا يثبت نسبه صدقه المولى او كذبه فان ملكه المدعى عتق ولا تصير امه ام ولد له قوله واذا وطى جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد للاب سواء كان الابن وطئها او لا لان حرمة الوطى لا تمنع ثبوت النسب كالوطى فى الحائض وعليه قيمتها لانه ملكها قبل الوطى بالقيمة ليقع الوطى فى ملكه وليس عليه عقرها لسبق ملكه الوطى ولا قيمة ولدها لانه انعلق

وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال بقاء الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزأ لما ان سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين

بل التقدم الملك على الام وقد ذكرنا المسئلة بذلائلها في باب النكاح الرقيق من كتاب النكاح للشافعي قولان احدهما تصير ام ولد وتضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما للوطى اذ لو اثبته سابقا عليه لم تجب له ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير ام ولد ويلزم المهر لانه لم يملكها وهو قول احمد وعلى هذا يستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطى حملت او لا واذا كان تملكها لانما عرف انه لا يصح دعواه ولد مدبرة ابنه ولا ام ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عرف يخرجها فقد اخرجها باللفظ والا فبالحكم المذكور في المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة ايضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء ورد وولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها فادعاه الاب لم يصح دعوته الا ان يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم اسلم او عبدا فعتق او مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا يصح لعدم الولاية الا ان يصدقه اما المعتق لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من افاقته ففي القياس لا يصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان العتة لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند ابي حنيفة ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان يتوقف عندهما ايضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ **قوله** وان وطئ ابو الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه لان شرط النفوذ قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا او حيا كافرا او عبدا او مجنونا فان الجد يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند ابي حنيفة موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته او لحق وقضي بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب **قوله** واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه سواء كانت في المرض او الصحة وهذا اذا ادعى احدهما واعتق الآخر معا فالدعوة اولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلما او كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية يثبت في الباقي ولفظ في يحمل على معنى من التي لابتداء الغاية اي يثبت من نصف الامة المملوكة له ولا تكون للتعليل كقوله دخلت امراة النار في هرة اي لما ثبت نسب الولد بسبب نصف المملوك له لان قوله يثبت في الباقي ينبو عنه وحاصل المعنى انه يثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه اي النسب لا يتجزى ثبوته من امراة فثبوته عن بعضها يوجب ثبوته من كلها ولا يقال سياتي انه يثبت من رجلين بالنسبة الى امراة واحدة لانا نقول ليس في ذلك تجزية من امراة لان النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها الواحد ومن البعض الآخر وانما لا يتجزى لان سببه وهو العلوق لا يتجزى في امراة بان يعلق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سياتي فعدم التجزي ان لا تعلق

ثم صارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك

الولد بنصفها **قوله** وصارت ام ولد له اتفاقا اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى كما لا يتجزى ثبوت النسب فلا يصير نصفها ام ولد ثم يتملك نصف شريكه بل تصير كلها ام ولد وعنده يصير نصفها ام ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزي الامومة كما امتنع تجزي ثبوت النسب لان معنى كونها ام ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزى عنده بمعنى زوال الملك فجازت امومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي او اعتاقه او آخر ما عرف لكن لما كان النص المفيد لتجزي العتق اوجب ان لا يقر بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها ام ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها في حق الامومة بل التجزي في الابتداء ثم يتمم الكل عنده وعندهما صارت ام ولد من اول الامر ثم لا يخفى ان تعليل يملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا وكونه افسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وههنا لو رضي الشريك بترك تضمينه فليصير نصفها ملكا له ونصفها ام ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر او يسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على انه اذا اعتق البعض لا يبقى البعض رقيقا والحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذي علقت منه وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقب وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطي وبابتدائه يثبت بالمهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما اصاب حصته ويضمن حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المص وقد ملأ الكتاب من ذلك واوله من باب من تجوز دفع الصدقة في خلافية زفر فيما اذا دفع النصاب الفقير منعه زفر لان الدفع قارن الغنى فاجاب بانه حكم الدفع فيتعقبه ثم لم يزل مكرره في كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره واعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن ابي يوسف ان كان المدعي معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكها يثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطي في ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو العلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطي اجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد ومنه الوطي فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه يثبت في ذلك مثل ذلك الوقت ايضا فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن لشيئا واعلم ان مقتضى ما ذكره المص من ان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ذلك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه واستناد النسب الى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شيء على ملكه لا يقال يمكن كونه اراد بالاستيلاد في قوله حكما للاستيلاد الوطي لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق او على مجموع الوطي مع الانزال والعلوق

وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة

اما مجرد الوطي بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك ح لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد يصير ورثها ام ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة معها في الاصح لا يفيد لان نقله مع العلوق ايضا بلا موجب لانها ما لم تصر ام ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل والكثير ولا ضمان لانه ح ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا حملت على ملكهما فان اشتريا حاملا فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاعتاق الموقع الا انه تضمن تغيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه هنا لان الوطي لم يوجد في ملك شريكه **قوله** وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما وكانت الامة ام ولد لهما تخدم كلا منهما يوما واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركة الميت لرضى كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحي عند ابي حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له ولو اعتقها احدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل احد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بماله على الآخر وفائدة الايجاب العقر مع التقاص انه لو ابرأ احدهما عن حقه بقي حق الآخر وايضا لو قوم نصيب احدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له ان يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد فسنذكر احكام دعوتهما ذكرها العقد ورمى منهما انه للباقي منهما حتى اذا مات احدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المعد بينهما بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسيفيده بما اذا لم يكن مع احدهما مرجح فلو كان بان الشريكان ابا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان احدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وقيد هنا بما اذا حملت على ملكهما وهو ان تلده لتمام ستة اشهر يعني فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة اشهر من الشراء فادعياه وهي ام ولد المزوج فان نصيبه صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا بقاءه عنده فيثبت في نصيب شريكه ايضا وايضا ما اذا حملت على ملك احدهما رقيقة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة اشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول اولى لكون العلوق في ملكه واذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا امة فولدت لاقل من ستة اشهر من حين ملكاها او ولدته قبل ملكهما اياها فاشترياها فادعياه لا تكون ام ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد بان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا في كتاب العتق اختلاف المشائخ فيما اذا قال لعبد هذا ابني وامه في ملكه هل تصير ام ولد له او لا قيل نعم مجهول النسب او معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على انه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي يقول في القديم ورجح عليه احمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعي يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب

ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا لبيّن لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وللباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه وهو النسب

الى ايهما شاء فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غيرامه والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الابناء وغيرها من الآثار من قاف اثره يقوفه مقلوب قفا اثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن مدلجي فغيره وهو قول احمد وقال به مالك في الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من مائين لانه اذا علق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو الحقوه بهما لا يلحق وهو قول الشافعي انه يبطل قولهم اذا الحقوه بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما اخرج في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة الم تري ان مجزّزا المدلجي دخل علي وعندي اسامة بن زيد وزيد عليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال ابو داؤد وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر رضي الله عنه لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا لبيّن لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله اعلم بذلك قال ولانهما استويا في سبب الاستحقاق يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فما يقبل التجزي كالارث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كان ليس معه غيره هذا واعلم ان المعروف في قصة عمر رضي الله عنه هو ما قال سعيد بن منصور ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما ابواه يرثانه ذكره سعيد ايضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فالحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعى عمر القافة واقتدى في ذلك ببعض القافة والحقه احد الرجلين ثم ذكر ايضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال لما دعى عمر رضي الله عنه القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأى القافة قال قد كنت اعلم ان الكلبة تلد لا كلب فيكون كل جرو لابيه ما كنت ارى ان مائين يجتمعان في ولد واحد اسند عبد الرزاق ايضا عن معمر عن قتادة قال رأى القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه وقال هو بينكما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول المصنف وعن علي مثل ذلك يشير الى ما اخرج الطحاوي في شرح الآثار عن مالك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فاتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منهما ورواه عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن علي قال اتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما وضعفه البيهقي قال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن ابي ظبيان عن علي قال وقد روي عن علي مرفوع خلاف ذلك ثم اخرجه من طريق ابي داؤد ثنا خشيش بن اصرم ثنا عبد الرزاق انا الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال اتى علي رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين اتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين

وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره

قال الا قرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى واعلم ان ابا داود رواه ايضا موقوفا وكذا النسائي عن علي رضي باسناد اجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه وغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه وهو حسن يبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم سر بقول القائف وان عمر رضي قضى على وفق قوله وانه عم لم ينكر اثبات علي النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما نسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القائف فاجاب المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي لما تقدم من ابي داود انه كان اسامة اسود وكان زيد ابيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون القائف فكان قول القائف مطلقا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التاذي بنفي نسبه وظهور خطائهم والرد عليهم ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فيكون متعلق سروره ايضا وليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان تحكما بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب واعلم انه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حديث قال عم فيه ان جاءت به اصيهب اثيبج حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وهذه هي القيافة والحكم بالشبه واجاب اصحابنا بان معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا للقيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه ان يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به يشبه الزوج او لا لحصول الحكم الشرعي بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسبة الولد وأجيب ايضا بانه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار امور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه عم سر بفعل علي رضي وهو الحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريقة صحيحة لتقريره عم اياه بل سروره به فان الضحك دليله مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر رضي من العمل بقول القائف فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروي عنه في قصة تشريح لخفائها وعدم تثبيتها وان كانت قصة مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما امامان لا يرسلان الا عن قوي امين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب في اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول لان سعيدا روى عن عمر رضي وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر رضي بالقائف لزم ان ذلك الاحتمال في سروره عم وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت والشافعي رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر رضي كان عن رأيه لا بقول القائف فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين او حمل محل الاجماع عن الصحابة وهو لا يلزم لاحد الامرين اما سروره عم لم يكن متعلقا الا برد طعنهم او ثبوت نسخه بقول الا انا لا نقول انه من ماءيهما كما يفهم من بعض الروايات ان المائين لا يجتمعان في الرحم الا متعاقبين فاذا فرض انه خلق من الاول لم يتصور خلقه من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه قوة وفي بصره واعضائه واما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل لا تحيض فاما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه في نفس الامر من ماء احدهما

الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسُر ورُّ النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسُرّ به وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن

ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة واربعة وخمسة واكثر وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد رح لا يثبت لاكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولابي حنيفة رح ان سبب ثبوت النسب من الكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان تقضي به بينهما عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يقضي للمرأتين فلا يلحق الامام واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة او متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم انه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند ابي حنيفة يقضي به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضي به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضي به بينهم وعندهما يقضي به للرجل لا للمرأتين **قوله** الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر استثناء من قوله وما يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما كملا وفي المبسوط امة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم اولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فانه لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي اولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن يبدأ الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب فادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم ملك ولا شبهة قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وبهبت له امته ولا يتعين ذلك بل ان يتزوج منها ايضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام ويغرم كل لصاحبه نصف العقر **قوله** وكانت الام ام ولد لهما لصحة دعوى كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شيء **قوله** ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا يسري في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما اذا اقاما البينة على شيء يصير مشتركا بينهما فكذا اذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع **قوله** واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر ثبت نسبه منه لما سيذكر وعن ابي يوسف رح لانه لا يعتبر تصديقه بل يثبت نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب كسب المدعي او بطريق اولى لان للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى اولى وجه الظاهر وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه والاب يملك تملكه لحاجته على ما عرف فلا معتبر بتصديقه وهذا بخلاف الوارث يستولد امة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق احد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس احد احق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق في ملك المولى لرقبة

وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد على ما ذكرنا وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

المكاتب لكن لم يحصل في ملكه لليد الثابتة لكاخاصة ثم اعترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته الا يرى انه لو اقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة اقوى من التصديق فظهر اشتراط التصديق وقد يجاب بان هذا الحجر بحق آدمي لكونه هو احق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو احق به منه الا ان يصدقه بجواز ان يكذبه بان يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا اقام بينة على الوطئ فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطئ قطعا بل تقديما للاحق على غيره بخلاف احد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس احدهما احق من الآخر **قوله** وعليه عقرها للمكاتب لانه اي لان وطئه المدلول عليه بقول فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق اي حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما ذكر يعني قوله بقيه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ امة نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطئ امتها اولى واابعد شارح فقال اي لما تذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق في ذمة سيد امة لا يصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو اقرب اليه من حبل الوريد **قوله** وقيمة ولدها عطف على عقرها اي عليه قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه اي الجارية بتاويل الشخص كسب كسبه فلم يرض برقه حيث اعتمد دليلا يوجب حريته فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور بشراء امة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة الا ان قيمة الولد هنا يعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لما لكها الا انه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في قرب اوقات الامكان واما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه امانة حبسها عن صاحبها فتقدر بيوم الحبس تقديرا ثم لا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة لما في ام ولد المغرور بالمبيعة المستحقة لا يكون ام ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير ام ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه اول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه واما ثبوت امومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهو الاكثر دون بعض وليس هنا فلا يلزم نفي ما اثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب **قوله** وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا اي من انه لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه فلو ملكه اي لو ملك الولد يوما من الدهر يثبت نسبه منه وكان ولدا له لقيام الموجب وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب **فروع** تقدم في رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير ام ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال

كتاب الايمان

ولا تسعى في دين وفي الكافي امة بين رجلين قالا في صحتها هي ام ولد احدنا ثم مات احدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لانه يخبر عن نفسه والورثة يخبر بفعل غيرهم فان قال الحي هي ام ولدي فهي ام ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئا لانه لما اقر بوطيها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال هي ام ولد الميت عتقت صدقته او كذبته لانه ان صدق فهي حرة فان كذب فكذلك لاقراره بعتقها بموته ولا سعاية للحي لانه يدعي الضمان على الميت وكذا للورثة لانهم يدعون عليه الضمان اكذبوه في اقراره وان صدقوه فقد اقروا بعدم السعاية والله الموفق۔

كتاب الايمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا انه قدم على الكل النكاح لانه اقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه اوجه واختص العتاق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه في تمام معناه الذي هو الاسقاط وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية فقدمه على اليمين و لفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لاخذنا منه باليمين وقول الشماخ وقيل الحطيئة ٭ رايت عرابة الاوسي يسمو ٭ الى الخيرات منقطع القرين ٭ اذا ما راية رفعت لمجد ٭ تلقاها عرابة باليمين ٭ اي بالقوة ثم قولهم انما سمي القسم يمينا لوجهين احدهما ان اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام على الحمل او المنع والثاني انهم كانوا يتماسكون بايمانهم عند القسم فسميت بذلك يفيد انه لفظ منقول ومفهومه اللغوي جملة اولى انشائية صريحة الجزئين او لي يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظ اولى يصير غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هي المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة اعم من الفعلية كحلفت بالله لافعلن او احلف والاسمية مقدمة الخبر كعلي عهد الله او مؤخرته نحو لعمرك لافعلن وهو مثال ايضا لغير المصرح بجزئيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسماء هذا المعنى التوكيدي ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاولى ليست انشائية فليست التعاليق ايمانا لغة واما مفهومه الاصطلاحي فجملة اولى انشائية مقسم فيها باسم الله او صفتها يؤكد بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس او التزام مكروه كفر او زوال ملك على تقدير ليمنع عنه او محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودي فان دخلت فانت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبفتحها لمنعها فان بشرتني فانت حر وسببها الغائي تارة ايقاع صدقه في نفس السامع وتارة حمل نفسه او غيره على الفعل او الترك فبين المفهوم اللغوي والشرعي عموم من وجه لتصادقهما في اليمين بالله وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحي في التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على انه لا يكره لانه لمنع نفسه او غيره ومحل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص واما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر

قال الأيمان على ثلاثة أضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذبا أدخله الله النار ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فأشبه المعقودة ولنا أنها كبيرة محضة والكفارة عبادة تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدإ وما في الغموس ملازم فيمتنع الإلحاق

فيما إذا عقدت على طاعة أو ترك معصية فيثبت وجوبان لأمرين الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما وندبه فيما إذا كان عدم المحلوف عليه جائزا وسيأتي وإذا حنث فيما يجوز فيه الحنث أو يحرم لزمته الكفارة **قوله** اليمين على ثلاثة أضرب يمين الغموس والأصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الإضافة وأما يمين الغموس فإضافة الموصوف إلى صفته وهي ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب رد بأنه إضافة الجنس إلى نوعه لأن الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الأولى مقصور على السماع وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الإثم ثم في النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة **قوله** فالغموس هي الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب به وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضا كذلك كوالله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة وأقرب الألفاظ إليه ما في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله النار وفي الصحيحين لقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم أي المحبوس عليها لأنها مصبورة عليها **قوله** ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد رض وقال الشافعي فيها الكفارة لأنها شرعت في الأصل وهي المعقودة لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تع وقد تحقق في الغموس فيتعدى إليه وجوبها ولنا أنها كبيرة محضة لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه عليه الصلاة والسلام الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها أي بما هو كبيرة بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيه ذنب بأن يحنث في موضع وجوب البر على ما ذكرنا من التفصيل فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ غير مقارن متحد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الإلحاق وحاصل هذا إبداء وصف في الأصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزأ المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويجاب بأن الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه إمساكا بالمعروف وبالإفطار في رمضان ولو بخمر أو زنى أجيب الكفارة باعتبار النظر العمد المشتمل ويجب الحد باعتبار أنهما في أنفسهما كبيرة ولخصه آخر بأن ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالأول والكفارة بالثاني ونقض أيضا بقتل المحرم صيدا عمدا وأجيب بأن عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير الإحرام والحرم لم يحرم وإنما حرم بإحرامه وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الإيراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الأجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لأن كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما إذا كان حراما لعينه ومرجعه إلى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته وهو منتف عند الأشعرية وهو قليل جدا كأنه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لأن اليمين في نفسه مباح أو عبادة إذ هو ذكر الله تع على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف عمدا وإلا كانت كفرا وإنما هي باطلة بقبحها بالنسبة إلى العدم مطابقة المحلوف عليه أو لقصده ذلك وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على أن كون حرمة السبب يمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينه أو لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جائزة أو ساترة في ذنب أخف شرعيتها كذلك في ذنب أعظم

والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرناه ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجوان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيد وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم الآية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره

كان اوجه وللشافعي رحمه الله ايضا الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه تعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته فتبين ان المراد بها الكفارة والجواب ان المؤاخذة مطلقا في الآخرة وهي المراد بالمؤاخذة في المكسوبة والمراد بها في المعقودة الكفارة كما ذكر قالوا الغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة بها في النص من غير حاجة الى زيادة تكلف الجواب منع انها معقودة لانها ربط في الشرع بالاسم العظيم لمعنى على وجه حمله عليه في المستقبل او منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل او لتوكيد صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر بر وانحلت ولا شك في ان بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها لانها عقدت على امر في المستقبل فما يحلها هو انعدامه في المستقبل لا في الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست يمينا حقيقة لان اليمين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن فيها وما قطع بانتفاع فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا وتسميتها يمينا مجاز بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة فهو من الحقيقة اللغوية وعلى احدهما يحمل قوله عليه الصلوة والسلام واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده وكونها لا تسمى يمينا لانها لم تعقد للبر لا شك في تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا تقبل التشكيك فليس الوجه الا ما قدمنا من ان شرعية الكفارة لرفع ذنب اصغر لا يستلزم شرعها لرفع الاكبر واذا ادخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم الى غموس وغيرها عسر النظر معه الا ان يكون لغة اوسمع وقد روى الامام احمد في مسنده باسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذبا وغيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المقضي لها لانها مصبور عليها اى محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن في حال تصرفه ورفعه مختارا عن نفسه **قوله** والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وما في قوله ما يحلف مصدرية اى الحلف على امر في المستقبل وهذا يفيد ان الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد امس لا تسمى منعقدة ويقتضي انها اما ليست بيمين وهو بعيد او زيادة اقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفي كلام شمس الائمة ما يفيد انها من قبيل اللغو فان اراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له وفي هذا اليمين فائدة تاكيد صدقه في خبره عند السامع وان اراد دخولها في اللغو المذكور في الآية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ولم يقل احد بذلك فكان خارجا عن اقوال السلف والجواب ان الاقسام الثلاثة فيما يتصور منه الحنث لا في مطلق اليمين **قوله** ويمين اللغو ان يحلف على امر وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه وتدخل في ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثانية ما في الخلاصة رجل حلفه السلطان انه لم يعلم بامر كذا فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم ارجوان لا يحنث ونحوه فهذه اليمين نرجوان لا يؤاخذ الله

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح و الطلاق واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه انشاء الله تعالى

صاحبها وانما قيد محمد عدم المواخذة بالرجاء مع انه مقطوع به في كتاب الله تعالى حيث قال لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم للاختلاف في معنى اللغو حيث
فغسر محمد رح بما ذكره وهو مروي عن ابن عباس وبه قال احمد وقال الشافعي كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو
مباين للتفسير المذكور لان الحلف على امر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن احمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن
عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين ان
يحلف على معصية فيتركها لاغيا بيمينه وقال سعيد بن جبير ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول او عمل فلما اختلف في معنى
اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المواخذة به في الآخرة وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم في الآخرة
العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتادب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر
وانا وان شاء الله بكم لاحقون واما بالتفسير الرابع فغير مشهور فكونه لغوا هو اختيار سعيد **قوله** والقاصد في اليمين والمكره عليه والناسي
وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفي بعض النسخ الخاطي وهو من اراد ان يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه
اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله عليه الصلوة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين هكذا ذكره المصـ وبعضهم كصاحب الخلاصة
جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث ابي هريرة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حمل
اخرجه احمد وابو داود وابن ماجة وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث ابي ذر قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن اعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدي في الكامل من حديث ابي هريرة رض
عنه عم قال ثلث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح واخرج عبد الرزاق عن علي و لاعبا
عمر رض موقوفا انهما قالا ثلث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية عنهما اربع وزادوا النذر ولا شك ان اليمين في معنى نا الترمذي
النذر فيقاس عليه واعلم انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين
غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا اصلا ولم يدر ما صنع وكذا
المخطي لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا
واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده اصلا بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق او طلاقا
عتاق لا حكم له اولى ان لا يكون لها حكم اليمين وايضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انه
كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله ان لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي فان المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم
به بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه كان اقرب اليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي
بالتفسير المذكور اولى من حمله على الهازل وهذا الذي ادناه وتقدم لنا مثله في الطلاق فلا تكن غافلا **قوله** والشافعي يخالفنا في ذلك
فيقول لا تنعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطي للحديث المشهور رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه قال المصـ وسنبين
في الاكراه ان شاء الله تعـ واستدل ابن الجوزي للشافعي واحمد رح في التحقيق في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه

ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا

الدارقطني عن واثلة بن الاسقع وابي امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عنبسة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم **قوله** ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا لليمين مختارا وعن كل من الشافعي واحمد روايتان يحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد حصر جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقة مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف والحاصل ان الوجوب يثبت عنده سببا كان او شرطا وبالنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه او مجنون تلزمه الكفارة فيخرجها وليه او هو اذا افاق لما ذكرنا من تحقق الشرط اي السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سوال مقدر وهو ان وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه او مجنونا فاجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة او يدفع ضررا كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فادير على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلا او لا كما في شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد البلوغ واما توهم كما في شراء الامة البكر من المراة فليس بصحيح لان التوهم حاصل لجواز حبل البكر ومملوكة المراة على ان كونها لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم الذي ينعقد على امر ثم يحلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث او يندب والله اعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا **قوله** واليمين بالله او باسم آخر من اسمائه يفيد لفظة آخر ان المراد بالله اللفظ فقابل والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير ومنه الذي لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين ومالك يوم الدين والاول الذي ليس قبله شي والآخر الذي ليس بعده شي واذا قالوا في قوله والطالب الغالب انه يمين لانه تعارف اهل بغداد الحلف به لزم اما اعتبار العرف فيما لا يسمع من الاسماء من الكتاب والسنة فان الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى والله غالب على امره واما كونه بناء على القول المفصل في الاسماء ويفيد قوله آخر انه لا بد من كونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام يقتضي ان لا يكون يمينا والمنقول لو قال باسم الله ليس بيمين وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد انه يمين فليتامل عند الفتوى ولو قال وباسم الله يكون يمينا ذكر ذلك في الخلاصة وقوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا قيد في الصفة فقط فافاد ان الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه او لم يتعارفوه وهو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وقال بعض مشائخنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فان اراد به يمينا فهو يمين فان لم يرد فليس بيمين ورجح بعضهم بانه ان كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين ارادة احدهما الا بالنية واما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم فقيده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل او الذات وتم

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اى معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

قول مشائخ ما وراء النهر ولذا قال محمد فى قولهم وامانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا ادرى لانهم راهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهاً نه اراد يعنى والله الامين فالمراد الامانة التى تضمنتها لفظة الامين كعزة الله التى هى ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف ويزداد العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ ابى المعين فى تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الاصل بل هو على محاذات قول القائلين فى الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان اراد به الله تعالى كان يمينا والا لا فجعل مثله فى الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان اريد صفته القائمة به فهو يمين والا لا فقال مقتضى هذا ان يجرى فى قدرة الله مثله ان اريد به الصفة كان يمينا او المقدور على ان يراد بالمصدر المفعول او المصدر ويكون على حذف مضاف اى اثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لا يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف الى الحلف بلا تفصيل فى الارادة ولمشائخ العراق تفصيل آخر هو ان الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يصح ان يوصف بها وباضدادها كالرحمة والرضا لوصفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل ويقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان او بمكان او بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض لا ينبغى ان يبتنى الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء انه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورف او لا وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا عند هؤلاء وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التى لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا اول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التى لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التى تطلق على غيره تعالى كالحى والمومن والكريم يعتبر فيها العرف او نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد تستعمل فى المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففى هذه يجرى التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله يمين الا ان اراد الجارحة **قوله** الا قوله وعلم الله استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله التى يحلف بها عرفا فيقتضى ان علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله فى لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل واورد على تعليله الثانى القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور واجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج عن ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب ان لا تصح ارادة المقدور

ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له اي آمنتم به

بعد الوجود وهو غير صحيح اما وقوعها فقالوا النظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود واما تحقيقا فلان القدرة في المقدور واذا كان مجازا لا يمتنع ان يطلق عليه مقدوره بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا لنفي التعارف فيسر واما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب ان يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا يعتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل **قوله** من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت متفق عليه قال وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال ومعناه ان يقول والنبي والقرآن اما اذا حلف بذلك بان قال انا بريء من النبي والقرآن كان يمينا لان التبري منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سياتي وكذا اذا قال هو بريء من الصلوة والصوم يكون يمينا عندنا فكذا اهو بريء من الاسلام ان فعل كذا او بحرمة شهد الله او لا اله الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه او حساب فيه البسملة فقال هو بريء مما فيه ان فعل ففعل لجزيته الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المتقدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم اوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل معهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا فاما الحلف بكلام الله تعالى فيجب ان يدور مع العرف واما الحلف بجان سرتوا ومثله الحلف بحياة راسك وحياة راس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضي لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا **قوله** والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور في القرآن قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد ارسلنا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل احلف او اقسم بالله وهي الالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولاصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لافعلن ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لانهما من حروف الزيادة وقد ابدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما روي من قولهم ترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا تحياتك **فروع** قال بسم الله لافعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا ان نصارى بلادنا تعارفوه فيقولون واسم الله **قوله** وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف حرف الجر من عادة العرب يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقى اثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغي ان يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر اثره وفي حالة الجر مضمرا لظهور اثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض قيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وفيه ظاهر في

وقال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله تعالى قالوا ولو قال

نقل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان شائعان للعرب ليس احد ينكر احدهما ليتاتى الخلاف وحكى الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي اي قسمي الله لافعلن غير ان النصب اكثر في الاستعمال وقوله في النصب لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض اي بالفعل عنده واما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله اذا قيل اي الناس شر قبيلة اشارت كليب بالاكف الاصابع اي الى كليب في قوله وكذلك اذا قيل لان الباء تبدل بها اي باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة اورد عليه انها لا تبدل بها بمعنى ان توضع مكانها دالة على غير مدلولها وفي الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له اي صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل بجواز كون معنى ذلك الفعل يتاتى معناهما فيه بخلافه في القسم ولا تستعمل اللام الا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس رضي دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح في اللغة الا ان يتعارف كذلك وقوله في المختار احتراز عما عن ابي حنيفة رح انه اذا قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه هذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين ان يعرب المقسم به خطأ او صوابا او يسكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا سكن من انه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع او الحمل معقودا بما اريد منعه او فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ **قوله** قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله

فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه اي عن ابي يوسف رح رواية اخرى انه يكون يمينا يعني ان اطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد يستدق في اسمائه الحسنى وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وهو حقيقة اي كونه تعالى ثابت الذات موجودا فكانه قال والله الحق والحلف به متعارف فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال احمد رح لا يقبل قوله يعني في عدم اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء وصار كقدرة الله تعالى **قوله** ولهما انه اي حق الله يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كانه حقيقة حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيره ما يعتبر فيه العرف وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة بل ما هو من حقوقه فصار تفسير

والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة وأما الاستدلال على أنه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلوة والسلام ما حق الله تعالى على العباد فقال أن لا تشركوا به شيئا إلى آخره كما وقع لبعض الشارحين فليس بشيء لأن صلته بلفظ على العباد بين المراد بالحق أنه غير وجوده وصفته الكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بخصوصه فليس الوجه إلا ما ذكرنا **قوله** ولو قال والحق يكون يمينا أي بالإجماع كذا ذكره غير واحد واعترض شارح بأن الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق إلا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف لكن جوابه أنه إن نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا وإلا فلا انتهى فإنك علمت أنه إذا ثبت كونه اسماله تعالى لا يعتبر فيه النية وإن أطلق على غيره وإنما ذلك القول المقابل للمختار وأما على القول المفصل بين أن يريد به اليمين وأن لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غير مهجور إلا بدليل وبه يندفع قول أبي نصر إن نوى بالحق اليمين كان يمينا وإلا فلا ولا يلزم بطلان قول من حكى الإجماع من الشارحين لأنه يريد إجماع علمائنا الثلاثة فإنه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الإجماع ولو قال حقا بأن قال حقا على أن أعطيك كذا ونحوه لا يكون يمينا لأن الحق من أسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما نقل عن الشيخ إسمعيل الزاهد والحسن بن أبي مطيع أنه يمين لأنه لم يضفه إلى الله تعالى فصار كالحق مردود بأن المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الأقوال الضعيفة ما قال البلخي أن قوله وحق الله يمين لأن الناس يحلفون به ضعفه لما علمت أنه مثل حق الله بالإضافة وعلمت المغايرة فيه وأنه ليس يمينا وكذا الحق لله **قوله** ولو قال أقسم الخ إذا حلف بفعل القسم فإما بلفظ الماضي أو المضارع وكل منهما إما موصول باسم الله تعالى أو بصفته أو لا فإذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله أو أقسمت أو شهدت بالله لا أفعلن وكذا عزمت بالله لا أفعلن فهو يمين بلا خلاف وإذا كان مضارعا مثل أقسم بالله أو أعزم بالله الخ فكذلك عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا إلا بالنية لاحتمال أن يريد به المستقبل وعدا ووجه قولنا أن هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال على التقدم في العتق المصنف ولهذا لا ينصرف إليه إلا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه إلى حقيقته وأما الاستشهاد بأن في العرف كذلك كقولهم أشهد أن لا إله إلا الله ففيه نظر لأن ذلك بدلالة الحال للعلم بأن ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد أشهد بذلك عند القاضي ليس فيه دليل على أنه في نفسه كذلك عرفا فجاز أن يقال هي المستقبل يستعمل للحال بالقرينة حالية أو مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه وإن ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيها مثل حلفت لا أفعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا هو رواية عن أحمد هو يمين نوى أو لم ينو وقال زفر إن نوى يكون يمينا وإلا لا وقال الشافعي ليس بيمين نوى أو لم ينو وهو رواية عن أحمد وقال مالك إذا نوى في قوله أقسم بالله الخ يكون يمينا وإن أطلق فلا وجه قولهم أن أقسم يحتمل أن يكون بالله أو بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والإنشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وإنما يشهد لقول القائل إن نوى كان يمينا وإلا فلا وجوابه ما ذكر المصنف من أنه حقيقة في الحال فانصرف إليه ومن أن الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه أي الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة أي احتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحا في المذهب ومنهم من صرح بأنه إذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو يعني إذا نوى اليمين أو لم ينو شيئا أما إذا نوى غيره فلا شك أنه لا يكون يمينا فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يكون حالفا لمن يستحق عليه اليمين شرعا فإن اليمين على نية المستحلف لا الحالف ح وقد وقع في هذه المسئلة خبط في موضعين أحدهما في الحكم وهو توهم صاحب النهاية أن مجرد قول القائل أقسم أو أحلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث وأورد السؤال القائل اليمين ما كان حاملا على شيء أو تركه وعند فواته موجبا للكفارة على وجه الخلافة فقوله أقسم هنا ليس موجبا شيئا من البر المحرج

ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية
سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال رح

لانه لم يعقد يمينا على فعل شيء او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة ستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس في اقسم مجردا هتك فكيف يجب
الكفارة ثم اجاب بان اقسم الحق بقوله على يمين فان ذلك موجب للكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها فقال لو قال على يمين او يمين الله فهو يمين
وفي المنتقى لو قال على يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وان نفى الكفارة صريحا لان قوله على يمين لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها
ثم قال وانما كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا عن موجب اليمين وموجبها البر ان امكن والا فالكفارة ولم يمكن
تحقيق البر ههنا لانه لم يعقد يمينه على شيء فكان اقرارا عن الموجب الآخر وهو الكفارة وعلى جهة الخلافة وبالاقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا في قوله على نذر فيه كفارة يمين
على ما يجيء بعد هذا فلما كان كذلك في قوله على يمين وعلى نذر كان في قوله اقسم عند قران النية بالقسم كذا لان اصله الحال في استعمال
الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله اقسم لما كان عبارة عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك
حرمة الاسم وقد شنع على هذا بان اليمين بذكر المقسم عليه وما ذكر في الذخيرة من ان قوله على يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر المقسم
عليه وتقضت اليمين لا شك في ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود الذي يحتمل ان يخفى هو ان قوله على يمين هل يجري مجرى قول القائل
والله او لا فاما ان بمجرد ذكر ذلك يحتمل ان تجب الكفارة فلا خفاء فيه ليحتاج الى التنصيص عليه الا ترى الى قول محمد في الاصل وان حلف
بالله او باسم من اسمائه او قال والله او بالله او على عهد الله او ذمته او هو يهودي او نصراني او بريء من الاسلام او قال اشهد او اشهد بالله او
احلف او احلف بالله او اقسم او اقسم بالله او على نذر او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او على يمين او يمين الله او ما افاد معنى ذلك فهذه كلها ايمان
واذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا او كذا فحنث وجبت عليه الكفارة وقد ذكر منها هو يهودي او نصراني وان يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل
منها انه يمين ولم يلزم من ذلك ان بمجرد قوله والله او قوله هو يهودي تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث في كل منها للزوم الكفارة كما سمعت
قوله واذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا او كذا فحنث وجبت الكفارة ولان في الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان
كان في القضاء لانه يؤاخذ باقراره وليس الكلام في ان يقول اقسمت عند القاضي بل لو اقر به كان سبيله ان يفتيه بقوله ان كنت صادقا فعليك
الكفارة فانما الكلام في الحنث في اليمين وهو انشاء والحق ان قوله على يمين اذا لم يزد عليه على وجه الانشاء لا الاخبار يوجب الكفارة بناء
على انه التزام الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتي في قوله على نذر اذا لم يزد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا بخلاف
احلف واشهد ونحوها ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على ان مجرد قوله احلف
واقسم يمين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على احد ان قوله اقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم
ان ذلك القسم كان قولهم نقسم ليصرمنها فانهم لو قالوا والله ليصرمنها مصبحين يصح ان يقال في الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله في يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم
كون حلفهم كان بلفظ الحلف اصلا فضلا عن الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى وانما استدل لذلك بحديث الذي اري رؤيا فقصها على رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال ابو بكر ائذن لي فلاعبرها فاذن له فعبرها ثم قال اصبت يا رسول الله فقال اصبت واخطأت فقال
اقسمت يا رسول الله لتخبرني فقال لا تقسم يا ابا بكر رواه احمد وهو في الصحيحين بلفظ آخر **قوله** ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه
للحال لان معناه احلف الآن بالله ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا لانه مستقبل ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم اي احلف

وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

بطلاق زوجتي لا يكون يمينا لعدم التعارف في الطلاق كذلك **قوله** وكذا قوله لعمر الله وايم الله يعني يكون حالفا كما هو حالف في قسم بالله واخواته لان عمر الله بقاؤه وفيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو في الخط بخلاف عمرو العلم فانها الحقت للفرق بينه وبين عمر والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو ان يوصف به لا بضده وكانه قال وبقاء الله كقدرة الله وكبريائه واذا ادخل عليه اللام رفع على الابتداء او حذف الخبر اي لعمر الله قسمي وان لم يدخل اللام نصب نصب المصادر فيقول عمر الله ما فعلت ويكون على حسب حرف القسم كما في الله لافعلن واما قولهم لعمرك الله ما فعلت فمعناه باقرارك له بالبقاء وينبغي ان لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده واما ايم الله فمعناه ايمن الله وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار ايم الله ثم خفف ايضا فقيل م الله لافعلن كذا فيكون ميما واحدة لهذا نفى سيبويه ان يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة ايمن بالقطع وانما وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرء من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما يمينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون وقال عليه السلام في حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس في امارته ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امارة ابيه من قبل وايم الله ان كان لخليقا بالامارة الحديث في البخاري **قوله** وكذا قوله وعهد الله وميثاقه يمين اذا اطلق عندنا وكذا عند مالك واحمد وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير النية وقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان لا يفيد ان العهد يمين لجواز كونهما شيئين الامر بالايفاء بالعهد والنهي عن نقض الايمان المؤكدة باي معنى فرض النقض فاستدلال الكرخي على انها يمين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بخلاف ما عقد عليه الا ان ثبت في مكان آخر في الشرع انه كذلك قلنا ان اهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هي العهود المتقدم ذكرها او ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حلفا بصفة الله تعالى كما حكم بان اشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وايضا غلب الاستعمال لها في معنى اليمين فيصرف اليه فلا يصرف عنه الا بنية عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوى اليمين او لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين وان قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كان يقول وذمة الله او امانة الله لافعلن واستدل على كونها يمينا بانه عليه السلام اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم اهل مصر او مدينة فارادوكم على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انه يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمي معاهدا والامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك واحمد هو يمين وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن ابي داؤد من حديث بريدة عنه عليه السلام من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي عدم كونه يمينا والوجه انه يقتضي منع الحالف به ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله اعلم ولو قال علي عهد الله وامانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك واحمد ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكي عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا كرر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع بين الالفاظ

وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين فان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل

للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة **قوله** وكذا اذا قال علي نذر او علي نذر الله يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال علي نذر الله لافعلن كذا او لا افعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم فان كان نوى بقوله علي نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى فان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولا شك ان قوله عم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه ابوداود من حديث ابن عباس رض يوجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانه ينصرف الحديث الى ما لا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال علي نذر او نذر الله ولم يزد على ذلك فهذا لم يجعله يمينا لان اليمين انما تتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه ان تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله علي كذا صلوة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او متعلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله علي نذر صوم يوم معلقا او منجزا فسيأتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا فاذا فعله لزمته كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك انه عم حرم مارية على نفسه فانزل الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ووجه الالحاق انه لما جعل الشرط فهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده اي الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا علي حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه قد فعله فهو يمين الغموس لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى يكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه عم انه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يتراءى اعم من ان يعتقده يمينا او كفرا والظاهر انه اخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان ان يكون من اهل الجهل لا من اهل العلم والخير وهؤلاء لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن اطلق القول بكفره **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخط فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط اي لا يلزم سببية الشرط غاية الامر ان يكون نفس الدعاء متعلقا بالشرط فكان عند الشرط دعاء على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك متعلق باستجابة دعائه ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو زان او فاسق او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لا يكون يمينا اما اولا فلان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا او سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستأنف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل لوجود لا انه ليس المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر او اعتقاد

ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال
ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

والزنا تتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة واما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء
تحتمل السقوط وهو المراد بقوله يحتمل النسخ والتبديل اما الخمر فظاهر واما السرقة فعند الاضطرار الى اكل مال الغير وكذا اذا اكرهت المرأة
بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا يحتمل السقوط فلم يكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تحتمل
الارتفاع او لا تحتمله اما اثر له فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع ان ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع فان لم يرجع اليه لا يكون
يمينا فلا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس بمتعارف ان يقال ان فعلت كذا فانا زان فلا يكون يمينا **فروع** في تعدد اليمين ووحدتها
وغير ذلك اذا عدد ما يحلف به بلا واو ومع اختلاف اللفظ او عدم اختلافه فهو يمين واحد كان يقول والله الرحمن الرحيم او يقول والله
الله الا ان تعليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول او بدلا وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله او هو بريء من الله ورسوله وان
كان بواو وهو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها وكذا بواوين مع اتحاد نحو والله ووالله فيتفرع انه
لو قال والله ووالله والرحمن انها ثلاثة ايمان او هو بريء من الله وبريء من رسوله فيمينان حتى لو قال هو بريء من الله وبريء من الله
والله ورسوله منه بريئان ان فعل فهي اربعة ايمان فيلزمه بفعل ما سماه اربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه اخذ مشائخ سمرقند واكثر المشائخ على ظاهر الرواية فلو
قال بواوين نحو والله والرحمن فكفارتان في قولهم وروى ابن سماعة عن محمد في غير المختلفة مطلقا نحو والله والله او والله الله كفارة واحدة هذا قبل ذكر الجواب اما لو قال
والله لا افعل كذا ثم اعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا اقربك ثم قال والله لا اقربك فقربها مرة لزمته كفارتان روي ذلك عن ابي يوسف
وسواء كان ذلك في مجلس او مجالس وروى الحسن انه ان نوى بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة وهي عبارة عن تساهل فيها وانما المراد ان
يريد بالثاني تكرار الاول وتاكيده واختار هذا الامام ابو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة او لم ينو شيئا يلزمه كفارتان وقدمر في الايلاء
وفي التجريد عن ابي حنيفة اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله و
لو حلف بحجة او عمرة يستقيم وهذا يخالف ما روى الحسن وفي الخلاصة عن نسخة الامام السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على امر ان لا يفعله
ثم حلف في ذلك المجلس او في مجلس آخر ان لا يفعله ابدا ثم فعله ان نوى يمينا مبتدأ او التشديد او لم ينو فعليه كفارة يمينين اما اذا نوى
بالثاني الاول فعليه كفارة واحدة وقدمنا في الايلاء لو قال والله لا اكلم فلانا يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد
ساعة فعليه ثلاث كفارات لانه انعقد على تلك الساعة ثلاثة ايمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات
وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة
فلا شيء عليه فعرف في الطلاق انه لو قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت وقع عليها
ثلاث تطليقات وما في الاصل من انه اذا قال هو يهودي هو نصراني ان فعلت كذا فهو يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني
ان فعل كذا فيمينان يفيدان في مثله تعدد اليمين منوط بتكرير المحلوف عليه مع تكرار الالتزام بالكفر ولو قال بريء من الكتب الاربعة فهو يمين
واحدة وكذا لو قال هو بريء من التورية والزبور والانجيل والفرقان يكون يمينا واحدة ولو قال هو بريء من التورية وبريء من الانجيل

فصل في الكفارة **قال** كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلوة وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار والأصل فيه قوله تعالى فكفارته إطعام عشرة مساكين الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلثة

بريء من الزبور بريء من الفرقان فهو أربعة أيمان ولو قال هو شريك اليهودي هو كقوله يهودي ولو قال بريء من هذه الثلثين يوما يعني شهر رمضان إن أراد عن فرضيتها يكون يمينا أو عن أجرها أو لم ينو شيئا لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلوة التي صليتها حنث لا يلزمه شيء بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في بريء من الشفاعة في مجموع النوازل الصحيح أنه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار أمس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن أبي يوسف قال لآخر إن كلمت فلانا فعبدي حر فقال نعم إلا بإذنك فهذا إن كلم بغير إذنه يحنث ولو قال رجل لآخر الله لتفعلن كذا أو والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فإن أراد المبتدي الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة إن لم يفعل المجيب لأن قوله نعم جواب وهو يستدعي إعادة ما في السوال فكأنه قال نعم والله لأفعلن كذا وإن نوى المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وإن لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو الحالف هو المبتدي وإن أراد المبتدي الاستحلاف فأراد المجيب أن لا يكون عليه يمين وأن يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك قال لمديونه إن لم تقض ديني غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم وأراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وإن دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال الآخر والله لا أجيء إلى ضيافتك فقال الآخر ولا تجيء إلى ضيافتي فقال نعم يصير حالفا ثانيا

فصل في الكفارة الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر ثوبه اشتمل به وإضافتها إلى اليمين في قولنا كفارة اليمين إضافة إلى الشرط مجازا وعند الشافعي إضافة إلى السبب فاليمين هي السبب وسيذكر المصنف المسئلة **قوله** كفارة اليمين عتق رقبة أي إعتاقها لا نفس العتق فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى الكفارة لا يجوز ويجوز فيها ما يجزئ في الظهار وتقدم المجزئ في الظهار من أنها المسلمة والكافرة والذكر والأنثى والصغيرة ولا يجزئ فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزئ العوراء لا العمياء ومقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوعة اليدين أو الرجلين ولا الأصم اختلاف الرواية والأصح أنه إذا كان بحيث إذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق ومن يفيق ويجن يجوز ولا المدبر وأم الولد لأنهما لاستحقاقهما الحرية ينتقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز بخلاف الذي أدى بعض شيء لأنه كالمعتق بعوض **قوله** وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد يعني إن كساه ثوبين أو ثلاثة فهو أفضل وأدناه ما يجوز فيه الصلوة وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر وصاع من تمر وشعير ذكره الكرخي بإسناده إلى عمر رضه قال صاع من تمر أو شعير أو نصفه من بر وبإسناده إلى علي رضه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده إلى الحسن رضه قال يغديهم ويعشيهم وبإسناده إلى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مساكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوقه قريبا لم يجز عن إطعام مسكين ويجوز أن يغديهم ويعشيهم بخبز إن كان برا لا يشترط الإدام وإن كان غيره فبالإدام ويجوز في الإطعام كل من التمليك والإباحة وتقدم والأصل فيه قوله تعالى فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلثة للعبد الخيار في تعيين أيها شاء وتعيين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الأصول

قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رح يتخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد وعن ابي يوسف وابي حنيفة رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف

ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والاطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه الا بالصوم ولو اعتق عنه مولاه او اطعم او كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد فعتق قبل ان يفرغ ولو بساعة فاصاب مالا وجب عليه استيناف الكفارة بالمال **قوله** فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة من الاعتاق والكسوة والاطعام كان عليه صوم ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي يتخير بين التتابع والتفريق لاطلاق النص وهو قول مالك رح في قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب احمد ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور لشهرتها على ما قيل الى زمن ابي حنيفة رح والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعي كان اولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثتين وانتم تحملونه في حادثة فجريتم على موجب ذلك في هذا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله ادوا عن كل حر وعبد وقوله ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين اجيب عنا بانا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل ان يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد على المطلق وتقييد اطلاقه للتنافي بينهما فان الاول يقتضي ان لا يجوز الا بقيد التتابع ولا تجزي التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقا كجوازه متتابعا واذ وجب القدر الاول لزم انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد للاسباب ولا منافاة في الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا الكلام يحتاج الى التحقيق وتحقيقه ان الحمل لما لم يجب الا للضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما الا لو قلنا بمفهوم المخالفة فانه ح يكون الحاصل من المطلق ان ملك العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان او كافرا والحاصل من المقيد ان ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا للفرض ودلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم فاذا ترجح تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم ان المراد ان المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنها لم نقل به فيبقى مقتضى المطلق بلا معارض وهو ان المسلم وغيره سبب واجابوا عما الزم الشافعي رح بان هذه الكفارة يتجاذبها اصلان في التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على انه عنده دم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل باطلاق نص الكفارة **قوله** ثم المذكور في الكتاب اي المبسوط والمختصر القدوري في بيان ادنى الكسوة المسقطة للواجب من انه ما يجوز فيه الصلوة روي عن محمد رح فيجزيه دفع السراويل عنه تقييده بالرجل فان اعطى السراويل للمرأة لا يجوز لانه لا يصح صلوتها فيه وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز السراويل وعليه هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا فعلى هذا لا بد ان يعطيه قميصا او جبة او رداء او قباء او ازارا سابلا بحيث يتوشح به عند ابي حنيفة وابي يوسف والا فهو كالسراويل لا يجزي العمامة الا انه ان امكن ان يتخذ منها ثوب تجزي مما ذكرنا جاز واما القلنسوة فلا تجزي بحال وان كان قد روي عن عمران بن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم وفد على الامير فاعطاهم قلنسوة قيل قد كساهم فلا يحمل على هذا وعن ابن عمر رض لا تجزي اقل من ثلاثة اثواب قميص وازار ومئزر وروي عن ابي موسى الاشعري ثوبان قال الطحاوي وهذا كله اذا وقع الى الرجل اما اذا دفع الى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لان صلوتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل انه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وانما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعليه بنى عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلوة وعدمها فانه لا دخل له في الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سابلا وازارا او خمارا غطى راسها واذنيها دون عنقها لا شك في ثبوت اسم انها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح صلوتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلوة او لا ثم اعتبار الفقير والمعنى عندنا عند ارادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم اعسر عند التكفير اجزاه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه وعند الشافعي رح

لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه من الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح

على التقلب قياسا على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء اما حد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه **قوله** لكن ما لا يجزيه يعني لو اعطى التمر ثوبا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار او نصف ثوب يجزي وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير اجزاه عن الطعام فقير من الكفارة وكذا اذا اعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه الكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا اجزاه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب لانه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام وعن ابي يوسف لا يجزيه الا ان ينويه عن الاطعام وعند زفر لا يجزيه نوى او لم ينو واعترض بقوله عم وانما لكل امرئ ما نوى فاذا لم ينوه عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تع خير المكفر بين خصال ثلث فاذا اختار احدها صار كانه هو الواجب ابتداء وتخفى الآخران والجواب انه ان اراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله عم وانما لكل امرئ ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدي طعاما او كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان اراد انه لا بد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع احدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصلح اطعاما او غيره مما هو احد الثلاثة ولو توقف السقوط على ان ينوي بدفع احدها انه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم ان ينوي كل خصلة في نفسها فيجب ان ينوي في الاطعام انه اطعام وفي وهم الثبوت انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط فانصرف الى ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختار الكسوة اذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعطى نصف صاع تمر يساوي صدقة الفطر قيمة نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة واجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي ولا يدفع احدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احدهما عن الآخر وانما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا نفيسا صغيرا يبلغ قيمة ثوب كبار يجزي عن الكسوة ينبغي ان لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام **قوله** وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال دون الصوم لانه ادى بعد السبب وهو اليمين وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه اضيف اليه الكفارة في النص بقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم ولان اهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكمه شرعيا او متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه ح شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكوة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا ان لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعني ان تقديم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكوة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان او مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سنذكره لنا ان الكفارة لستر الجناية من الكفر وهو الستر قال القائل في ليلة كفر النجوم غمامها ويسمى الزراع كافرا لانه يستر البذر في الارض ولا جناية قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولهذا اقسم النبي والصحابة على الايمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس بواقع اذ قد يكون فرضا وانما

ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة

اخرج المعنى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من احلاف المحلوف عليه والحاصل انهما السبب الحنث سواء كان به معصية اولا والمدار توفيرما يجب لاسم الله عليه وهذا يفيد ان السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان اقل ما في السبب ان يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع من عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لا عن اليمين للعلم بان نفس اكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح لانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم ان اليمين سبب فلا شك في ان الحنث شرط الوجوب للقطع بان الكفارة لا تجب قبله ولا وجب بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكوة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في قوله عم فليكفر عن يمينه ثم ليأت بالذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وايت الذي هو خير وفي مسلم من حديث ابي هريرة عنه عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري بالواو ليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ايت الذي هو خير وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى اللفظ على الكثير ومن ذلك حديث عائشة في المستدرك كان عم اذا حلف لا يحنث حتى انزل الله كفارة اليمين فقال لا احلف الى ان قال الا كفرت عن يميني ثم اتيت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة رض ان ابا بكر كان الى آخره في المستدرك وفيه العطف بالواو وهو اولى بالاعتبار وقد شذت لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعني من سواه ممن هو اولى منه بالحفظ والاتقان فلا تعمل هذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء لجملة المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق لشراء كل من الامرين وكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الآية وهذا لان الواو لما لم يقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تعقيبه للحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما في صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه عم من حلف على يمين فرأى خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها ما رواه الامام احمد عن عبد الله بن عمرو رض قال قال عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقال النسائي اخبرنا احمد بن منصور عن سفيان ثنا ابو عزاء عن عمه ابي الاحوص عن ابيه قال قلت يا رسول الله ارأيت ابن عم لي آتيه اسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فيأتيني ويسألني وقد حلفت ان لا اعطيه ولا اصله فامرني ان آتي الذي هو خير واكفر عن يميني ورواه ابن ماجة بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواة اذا ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب ما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فيحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب

قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهي الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل اليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة

الحديث منها دون ثم واما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله عليه السلام من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع المقسم والمقسم عليه وهو المراد قوله ثم لا يسترد من الفقير يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا تجزيه فليس له ان يستردها منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له ان ينقضه ويبطله **قوله** ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه آنفا ولان فيما قلناه من تحنيث نفسه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البر ولا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو ان يبر في يمينه بفعل المعصية فانه يتقرر المعصية دون جابر يجبرها واعلم ان المحلوف عليه انواع فعل معصية او ترك فرض فالحنث واجب او شيء غيره اولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث افضل لان الرفق يمن وكذا الحالف ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك او ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان العفو افضل وكذا تيسير المطالبة او على شيء وضده مثله كالحالف لا يأكل هذا الخبز او لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين اولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار في تأويلها انه البر فيها امكن **قوله** واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شيء وعلى هذا الخلاف اذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة او صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي واحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه اهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس اهلا لها وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه الصوم فكذا هذا لما تعذر منه الصوم تعين ما سواه وايضا هو اهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوى ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم يثبت في هذا ما هو في الصحيحين ان عمر بن الخطاب قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال اوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله عليه السلام تبرئكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا ايمان لهم واما قوله تعالى وان نكثوا ايمانهم فيعني صور الايمان التي اظهروها والحاصل لزوم تأويل اما في ايمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايفاء لهم بها او في نكثوا ايمانهم على قول ابي حنيفة ان المراد ما هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان اهلا لليمين يكون اهلا للكفارة وليس الكافر اهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان او ما وقع من اخلاف ما وقع عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر اهلا لفعل العبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لان الكلام في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابهما بل الكلام في ايجابهما كفارة وايجابهما كفارة لا يقبل الفصل كما ذكرنا اذ لو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع بصفة لا يثبت شرعا

ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه

الا بتلك الصفة والا فهو شئ آخر واما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صورة الايمان فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم تثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه وهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمته اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع الزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا ان يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه واما قوله عمر اوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كالاحتجاج وهم يؤولونه انه امره ان يفعل بقربة مستأنفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس اهل القربة من القرب فليس اهلا لالتزامها الا يرى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا لاضعاف العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي اشرك به فيه قصور عن محل النزاع **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه كهذا الثوب على حرام او هذا الطعام او هذه الجارية او الدابة لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وليس ملكه شرطا للزوم حكم اليمين فانه جار في نحو كلام زيد على حرام ولو اريد بلفظ شيئا ما هو اعم من الفعل حتى نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام الطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو اكله حلالا او حراما لزمته كفارة والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا الا يرى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر على حرام ان المختار للفتوى انه ان اراد به التحريم يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كانه حلف لا اشرب الخمر وان اراد الاخبار او لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه امكن تصحيحه اخبارا والمنقول فيه خلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة عند احدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى نية ولو قال الخبز على حرام فليس بيمين الا ان يقول ان اكله وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه اعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو حرمت عليكم امهاتكم وحرمت الخمر والخنزير فانه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل وكذا قال في الخلاصة لو قال هذا الثوب على حرام فلبسه حنث الا ان ينوي غيره وان قال ان اكلت هذا الطعام فهو حرام فاكله لا يحنث وذكر في المنتقى لو قال كل طعام اكله في منزلك فهو على حرام ففي القياس لا يحنث اذا اكله كذا روى ابن سماعة عن ابي يوسف ره وفي الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا ان اكله حرام انتهى وعلى هذا فتجب في التي قبلها وهي قوله ان اكلت هذا الخبز فهو على حرام ان يحنث اذا اكله وكذا ما ذكر في الحيل ان اكلت طعاما عندك ابدا فهو حرام فاكله لم يحنث ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامكم على حرام ايهم كلم منهم حنث وفي مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان على حرام يحنث بكلام احدهما وكذا كلام اهل بغداد وكذا اكل هذا الرغيف على حرام يحنث باكل لقمة بخلاف ما لو قال والله لا اكلم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف على حرام حنث باكل لقمة وفي فتاوى قاضي خان قال مشايخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قالت لزوجها انت على حرام او حرمتك يكون يمينا ولو جامعها طائعة او مكرهة يحنث بخلاف ما لو حلفت لا يدخل هذه الدار فادخل لا يحنث ولو قال الدراهم في يده هذه الدراهم على حرام ان اشترى بها حنث وان تصدق بها او وهبها لم يحنث بحكم العرف **قوله** وقال الشافعي لا كفارة عليه يعني الا في الجواري والنساء وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا ان الشرع ورد به

ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان ان المقصود هو البر ولا يتحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم وانا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا رح قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست راست گيرم بروي حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف

في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم يبين سبحانه انه عم حرم شيئا مما هو حلال وان فرض له تحلة فيخبر عن ذلك بقوله تحلة ايمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما احل الله له يمينا فيها الكفارة غير مفيد لان الكلام الآن في تخصيصه بمورده او تعميمه اجيب بان العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما احل الله لك وقد يدفع بان المراد به خصوص ما وقع تحريمه اي لم حرمت ما كان حلالا لك ولذا قال تبتغي مرضات ازواجك وانتفاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل بخصوص يسير بل الجواب انه كما ورد انها انزلت في تحريم مارية ورد انها نزلت في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة رض كان عليه الصلوة والسلام يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة ان ايتنا دخل عليها فلتقل اني اجد منك ريح مغافير اكلت مغافير فدخل على احداهما فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن اعود اليه فنزلت يا ايها النبي لم تحرم وهذا اولى بالاعتبار لان رواية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة ولا مانع من كون نزولها في الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغي مرضات ازواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم مارية لان مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا شك انه ايضا في ترك شربه عند الضرة وان قيل انه روي انه قال والله لا اذوقه فلذلك سمي تحريما ولزمته التحلة اجيب بانه لم يذكر في الآية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز ان يحكم به وتقييد به حكم النص واعلم ان الذي في الحديث الصحيح هو قوله ولن اعود اليه ولا شك ان هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند احد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد ان الواقع منه كان يمينا وجب الحكم بانه كان منه عزم مع ذلك القول قول آخر لم يرو في تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا اذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا ان لفظ حرم على نفسه ظاهر في ارادة قال حرمت كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف هو ان لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله باثبات حرمته اي حرمة ذلك الشيء لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا لكلامه عن الالغاء فقد ادى الله عليه نعم المعنى المذكور الشارح وغيره من قوله ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة في قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف ان مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والا لم يصح قول استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه فيتناول جزء يلزمه الحنث وهذا الخلاف ما تقدم من والله لا اكلم وهذا الرغيف على حرام على ما نقل قاضي خان عن المشائخ **قوله** ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك فاذا اكل وشرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه كفتح العينين وتحريك الجفنين وهو قول زفر بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحتمل مع اعتبار العموم والظاهر انه لم ينعقد للحنث ابتداء اي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث وكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه اي هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على اخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب اخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها تعلقت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو اسقني اذا اريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية فاذا نواها كان ايلاء لان الحلف على قربانها ايلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فايهما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء موبد فان قربها كما

ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء

اربعة اشهر بانت الى آخر احكام الايلاء المؤبد وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا اى مشائخ كابى بكر الاسكاف وابى بكر بن ابى سعيد والفقيه ابى جعفر قالوا يقع به الطلاق بحكم الغلبة للاستعمال فى الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البزدوى فى مبسوطه هكذا قال بعض مشائخ سمرقند ولم يتضح لى عرف الناس فى هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقيد الجواب فى هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا اما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام كلامك ونحوه كاكل كذا ولبس كذا دون الصيغة العامة وهى كل حلال على حرام وتعارفوا ايضا الحرام يلزمنى ولا شك فى انهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل كذا ولا فعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمنى لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهى طالق ويجب امضاؤه عليهم وفى الفتاوى لو قال حلال الله على حرام او قال حلال خداى وله امرأة ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة قال المصنف وكذا ينبغى فى حلال بروى حرام للعرف يعنى يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى واختلفوا فى قوله هرچه بدست راست گيرم بروى حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال فى الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرچه بدست راست گرفته ام فهو بمنزلة قوله گيرم ولو قال هرچه بدست چپ گيرم فى مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هرچه بدست گيرم ولم يقل راست او چپ فهو كقوله بدست راست گيرم والحاصل ان المعتبر فى انصراف هذه الالفاظ عربية او فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال اردت غيره لا يصدقه القاضى وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اى غير معلق بشرط كان يقول على الله صوم شهر او حجة او صدقة او صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب فعليه الوفاء بها وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب اما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب ان يكون معناه اذا كان حراما لعينه او ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه فى مختصر الاصول ومذهب احمد رحمه الله فيه كفارة يمين عينا لحديث ورد فيه وهو قوله عليه السلام لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذى بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح بل له علة وكذا قال الترمذى وقوله فعليه الوفاء به اى من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به اوعين وهو خلافية زفر ولو نذر ان يتصدق بهذه الدراهم فتصدق بغيره عن نذره او نذر التصدق فى هذا اليوم فتصدق فى غد او نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره اجزاه فى كل ذلك خلافا لزفر له انه اتى بغير ما نذره ولنا ان لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات اخر لا دخل لها فى صيرورته قربة وقد اتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين فى المسجد الحرام فاداها فى اقل شرفا منه او فيما لا شرف له اجزاه خلافا لزفر وافضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحى ثم البيت لانه نذر بزيادة قربة فتلزم قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم اصل القربة بالتزامه الى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقى لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال ابو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد والجواب ان محمدا

قوله عليه السلام من نذر وسمّى فعليه الوفاء بما سمّى وان علّق النذر بشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رح انه قال اذا قال ان فعلت كذا فعليّ حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمّى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح

اهدر وكذلك وامّا ابو يوسف فانما صحّح بوضوء لانه حين نذر ركعتين التزمتاه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره اذا نذرهما بلا قراءة لزمناه ركعتين بقراءة او نذر ان يصلي ركعة واحدة لزمناه ركعتين او ثلثا لزمناه اربع وقال زفر لا يصح النذر في الاوليين لان الصلوة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلث يلزمه ركعتان لانه التزمه ركعة بعد الثنتين فصار كما اذا التزمها منفردة على قوله ولنا ما سمعت مما قدمناه ونحوه ان الالتزام لشيء التزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلوة بلا قراءة ولا الركعة الواحدة الا بضم الثانية فيلزم كان التزمها القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلوة بلا وضوء حيث ابطله والتزامها بلا قراءة حيث اجازه والفرق ان الصلوة بلا طهارة ليست عبادة اصلا وبلا قراءة تكون عبادة كصلوة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا ان هذا المكان محلها بالاصالة فلم ار اخلاءه منها نصيحة لدين رب العالمين **قوله** لقوله عم من نذر وسمّى فعليه الوفاء بما سمّى وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا انه مستغنى عنه في لزوم المنذور بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المص في كتاب الصوم بان المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بانها توجب الافتراض للقطعية والجواب بانها مؤولة اذ اخص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة واما السنة كثير منها حديث في البخاري من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه رواه عائشة رض والاجماع على وجوب الايفاء به استدل من قال من المتأخرين بافتراض الايفاء بالنذر **فروع** اذا نذر شهرا فان كان بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو افطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو افطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان لم يعين بعينه كشهر ان شاء تابعه وان شرط التتابع لزمه فيستقبل ولو التزم بالنذر اكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار قال الطحاوي اذا اضاف النذر الى سائر المعاصي كلله علي ان اقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث لله علي ان اطعم المساكين على عشرة عند ابي حنيفة لله علي طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله علي ان اعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه ان يعتقها فان لم يعتقها اثم ولا يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي هذا فعلي شاة اذبحها او ذبحت شاة فلا يلزمه شيء ولو قال اذبحها واتصدق بلحمها لزمه قال لله علي ان اذبح جزورا فاتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز **قوله** وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث الذي رويناه من البخاري وغيره فانه امر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كانه قال عند الشرط لله علي كذا وعن ابي حنيفة رض انه رجع عنه اي عن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بشرط الا انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة ان شاء كفر بالاطعام فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة او صوم ثلثة ايام والاول وهو لزوم الوفاء عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن ابي حنيفة في النوادر وروي عن عبد العزيز بن خالد الترمذي خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال توقف فان من رأيي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا ابو حنيفة رح قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان ووجه الظاهر النصوص من آية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه عم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مقتضى الايفاء بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا يشكل لان المعلق

ف والاول

قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في ان سبب الايجاب هو الحنث منتف حالة التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختار المص والمحققون ان المراد بالشرط الذي تجزي معه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة ان يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه عم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير الحديث واما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي او قدم غائبي او مات عدوي فلله على صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا عين فعل المنذور لانه اذا اراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء فصار محمل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحمل ما يقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب احمد فيه هذا التفصيل الذي اختاره المص واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء بالكفارة في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق ليس هذا الا ما قلنا وهذا التقرير اولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين للمنع فاجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما تكون للمنع تكون للحمل فلم يختص معناها بما لا يراد كونه فالفرق على هذا الحكم **قوله** ومن حلف على يمين اي على محلوف عليه فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شيء قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضه وكذلك قال موسى عم ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا بوعده وتقدم في الطلاق وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشيئته فلا يتغير بذكره حكم والجمهور قوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه ابو داؤد والترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تع اعني اذا قال والله لا اخرج اليوم ان شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تع فاذا خرج لا يحنث لان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا اخرج فاذا خرج تبين انه تع لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتهض على مالك في اليمين اما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال انت طالق ان شاء الله تع فالظاهر ان المتعلق بالمشيئة هو انت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله انت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى انت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ ثم لا يجدي لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بانت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشية ان كان لفظ انت طالق فقد شاءه حيث وجد فيه جميد حكمه او نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه وما في الطلاق تقدم تضعيفه وهذا ما وعدناه في الطلاق ثم شرط عمل الاستثناء في الابطال الاتصال فلو انقطع بتنفس او سعال ونحوه لا يضر والله تعالى اعلم

المصـ المحققون

باب اليمين في الدخول والسكنى اراد بيان الافعال التي يحلف عليها فعلا فعلا فبدأ بفعل السكنى لان اول الافعال التي يحتاج

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت
لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى
داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الاوقات فصار كالشتوي
والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف
لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم
للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

اليها الانسان ان يحل مكانا ثم ليفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن
حاجة الحلول في مكان الزم للجسم من اكله ولبسه **قوله** ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او الكنيسة وهي متعبد اليهود والبيعة
وهي متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل ان الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي رحمه الله
ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رحمه الله ولا على النية مطلقا كما عن احمد رحمه الله لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفي اعني الالفاظ التي
يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كما ان العربي حال كونه بين اهل اللغة انما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف الفاظ المتكلم الى
ما عهد انه المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما اذا حلف
لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى ان
هذا ليس المعتبر الحقيقة اللغوية الا فيما من الالفاظ ليس له وضع لغوي بل احدثه اهل العرف وان ماله وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر
معناه اللغوي وان تكلم به متكلم من اهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا ما تعذر
وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من اهل اللغة او غيرها ان كان من
غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين اهل اللغة واهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف واما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان
نواه في عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب ان لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت فظهر ان
مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا وان كان له نية شيء واللفظ
يحتمله انعقد اليمين باعتباره اذا عرفنا هذا فالكعبة وان اطلق عليها بيت في قوله تعالى ان اول بيت وضع للناس للذي ببكة
وكذا المسجد في قوله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ولكن اذا اطلق البيت في العرف فانما يراد به
ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز ان كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض القرى وفي المدن
يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث والحاصل ان كل موضع اذا اغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار
وله سعة تصلح للمبيت من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها اربع حوائط كما هي صفاف الكوفة او ثلاثة على
الصحيح المصحح بعد ان يكون مسقفا كما هي صفاف ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر انه مفتحه واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو
داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان ساباطا وهو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع اطرافها على جدار الباب واطرافها
الاخر على جدار الجار المقابل له وسياتي ان السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا **قوله** ومن حلف لا يدخل
دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم
للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب وقد شهدت اشعار العرب بذلك قال النابغة
الذبياني واسمه زياد بن معاوية ؎ يا دار مية بالعلياء فالسند + اقوت وطال عليها سالف الابد + وقفت فيها اصيلانا اسائلها
عيت جوابا وما بالربع من احد + الا الاواري لايا ما ابينها + والنؤى كالحوض بالمظلومة الجلد + اذا كانت الدار بالعلياء فالسند

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم اخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدارية

وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه اي يصعد لم يضرها السيل واقوت اقفرت وطال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضي والابد الدهر اي طال عليها ماضي الزمان وهذا كناية عن خرابها واصيلانا تصغير جمع اصيل اصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال اصيلال وانما صغره للدلالة على قصر الوقت الذي وقف فيه للمسائلة وهذا السوال ترجع وتحسر وعييت جوابا عجزت يقال في تعب البدن اعييا وعيي والفعل اعيى وفي كلال اللسان عيي ورقي فاضل قادما الى المدينة ماشيا فقال له مولانا عيي ام اعيي فقال بل اعييت فوضع اعييت جوابا في البيت المذكور مكان عييت خلاف المعروف والاواري جمع آري وهي محابس الخيل ومرابطها واللاي البطوء اي تبتني لها ببطوء فاستلزم تعبا ومن فسر اللاي بالشدة فهو باللازم فان البطوء في التعبير لا يكون الا لتعب فيه والنوء حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع في بعض المواضع من انه حفيرة غلط وما عسى ان يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بيرا امتلأت في لحظة وفاضت وانما هو ما ذكرنا ولذا قال في البيت بعده ردت عليه اقاصيه ولبده ✤ ضرب الوليدة بالمسحاة في الثاد ✤ يعني ردت الوليدة وهي الامة الشابة ما تباعد من تراب النوء بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة في الثاد وهي الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وصف به واراد بالمظلومة الارض التي لم تمطر والجلد الصلب فيكون النوء والوتد اشد ثباتا فيها وقال امرء القيس يا دار ماوية بالحائل فالسهل فالحبتين من عاقل ✤ صم صداها وعفا رسمها ✤ واستعجمت عن منطق السائل ✤ يريد انها مقفرة لا انيس فيسمع صوته او لا احد يتكلم فتجيبه الصدى وهو الذي يسمى بابنة الجبل وقال امرء القيس لمن طلل ابصرته فشجاني ✤ كخط زبور في عسيب يماني ✤ ديار لهند والرباب وفرتني ✤ ليالينا بالتعفف من بدلان ✤ يريد درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ودقته اذا كان في عسيب يمان وكان اهل اليمن يكتبون عهودهم في عسيب النخل وهذه الاشعار وما لا يحصى كثيرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التي ذكروها لم يكن فيها بناء بل هي عرصات منزولات انما يضعون فيها الاخبية لا ابنية الحجر والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما الكلام فيها كونها قد نزلت غير انها في عرف اهل المدن لا تقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها الا ما اذا امحت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار في العرف عليها كهذه دار فلان مجازا باعتبار ما كان والحقيقة ان يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربت بان صارت لا بناء لها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال في مقابله فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث انما تقع المقابلة بين المعين والمنكر في الحكم اذا توارد حكمهما على محل اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي ان يحنث في المنكر الا ان يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعني معتبرا فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفي الغائب معتبر لانه المعرف له

قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام ولو بنيت مسجدا او حماما او بستانا او بني بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا وكذا اذا غلب عليها الماء او جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد ما انهدم المبني ثانيا في الحمام وما معه لانه لا يعود اسم الدارية ببناء مشدود وكذا اذا بني دارا

وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام **قال** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث **قال** واذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

بعد ما انهدم ما بنى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها بعد ما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضي ايضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت فبنيت دارا اخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا او عمرا او اهل الكوفة لا يحنث بكلام احدهم وان لم يكن جزء بل المعتبر كون العرصة جزءا لاشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى **قوله** وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لان اسم البيت وقد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذي يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها ولو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك ان ذكر السقف في الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه تعين ان البيتوتة والبيت لا يلزم في مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وهذا المبني غير البيت الذي منع نفسه دخوله ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر او فسطاطا ان كان من اهل البادية حنث والا لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بان ظفر من سطح الى سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبنى مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجا في العرف الا يرى ان فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد ولا شك انه خارج فالاقرب ما قيل الدار عبارة عما احاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحظير فلو لم يكن له حظير فليس هو الا في هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة ان يكون عرفه انه يقال انه داخل الدار والحق ان السطح لا شك انه من الدار لانه من اجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه ان يقال في العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف حتى صح ان يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل وهذا في عرف من ليس من اهل اللسان فطابق عرف العجم ولو جمع بين قول المتقدمين والمتاخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حضير وجواب المتاخرين المعبر عنهم بقوله وقيل في عرفنا يعني عرف العجم لا يحنث الا بالوقوف على السطح على ما اذا لم يكن له حضير اتجه وهذا اعتقادي **قوله** وقيل في عرفنا لا يحنث بالوقوف على السطح وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها **قوله** وكذا اذا دخل دهليزها يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو ان يكون له حوائط وهو مسقف وانت علمت ان السقف ليس لازما في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي **قوله** وان وقف في طاق الباب وهو بحيث اذا اغلق الباب بان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احداهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك وقد كان عم يناول رأسه عائشة رضي الله عنها لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما داخلا

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وحلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه

كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احدهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك رح وقد كان عم يناول رأسه عائشة لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامرأته ان خرجت الا باذني فانت طالق فقامت على اسكفة الباب وبعض قدمها بحال لو اغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل عليها لا يحنث وفي المحيط ولو ادخل احدى رجليه لا يحنث وبه اخذ الشيخان الامامان شمس الائمة الحلوائي والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فاما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره او بطنه او جنبه فتدحرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجها ولو تناول بيده شيئا من داخل لا يحنث

فروع حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرها اي محمولا لا يحنث فان ادخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح انه لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها اي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد ابو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسيأتي تتمته ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد اشرع الى السكة حنث اذا كان احد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ او مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارا ورستاق كذا اذا دخل ارضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارا على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر او بلاد مصر وهو بالشام فدخل العريش يحنث وعلى الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ومن حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينة في الفرات او دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم ههنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل بوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بني مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا اذا دخل بيتا في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة اخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف وجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث الا ان عين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقوا منه حنث اذا وصل هناك وان كان لا ينتفعون به انما هو لمنافذ القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط وهو مضروب فقوض وضرب في مكان آخر فدخله حنث **قوله**

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالمكث فيها اياما وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس ان يحنث بالمكث وان قصر لان الدوام له حكم ابتداء الدخول حتى صحت ارادته به يعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى وجه الاستحسان ان الدخول حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج الى الداخل لا دوام لذلك فليس للدوام مفهومه ولا جزء مفهومه وكونه مما يصح ان يراد باللفظ مجازا لانه لازم الدخول عادة وان قل اذا كان الدخول يراد للمكث لا يقتضي ان يحنث به لان اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى

فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافعال لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

الغاصب حنث لانه لم يوجد ما فيه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فان القياس الكائن في مقابلة هو ما يتبادر ويتسارع الى الذهن ولا يتسارع لاحد من لفظ او دخل معنى استمر مقيما فيقضي العجب من زفر بقوله بالحنث وهذه المسئلة عليها الائمة الاربعة الا في وجه عند الشافعي كقول زفر ونظير المسئلة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها او لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته او نزل او اخذ في النقلة لم يحنث خلافا لزفر اما الاول وهو الحنث بمكثه فلان هذه الافعال لها حكم الدوام بحدوث امثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت فانت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان مكثت ساعة اخرى كذلك طلقت اخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فكذلك لزمه طلقة واحدة وان طال مكثه لان لفظ ركبت اذا لم يكن الحالف راكبا يراد به انشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الراكب لا يركب فانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا واستوضح على ان هذه الافعال لها دوام بتجدد امثالها بقوله الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجازي الكلام دخلت عليه يوما مرادا به اما حيز وبيان الظرفية لا التقدير واما مطلق الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك اعني عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل انه ليس فيه تجدد وامثال يصير به مكررا فيحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث الا بابتداء الفعل الا ان ينوي به البقاء وهذه على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء والبقاء واما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو اراد بقوله لا اسكن واركب والبس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا ولابسا وفرع بعض اهل العلم على كون هذه لها تجدد وامثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس لا يلبس هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انما يحنث بتاخير ساعة اذا امكنه النقل فيها فاما اذا لم يقدر بان كان بعذر الليل وخوف اللص او منع ذي سلطان او عدم موضع ينتقل اليه او اغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر واورد ما ذكر الفضلي فيمن قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد او منع من الخروج حنث وكذا اذا قال لامراته وهي في منزل ابيها ان لم تحضري اليوم منزلي فطالق فمنعها ابوها حنث اجيب بالفرق بين كون الليلة المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيف ما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختياري منه ينعدم بعدمه فيصير ساكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسنذكره في فروع توضيح الوجه به اتم ان شاء الله تعالى وكذا لو بقي اياما في طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذه

قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رح لابد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رح يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رح يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس

هذه الايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة الطلب مستثنى اذا لم يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو اخذ في النقلة شيئا فشيئا فان كانت النقلات لا تفتر لا يحنث ولو امكنه ان يستاجر من ينقل متاعه في يوم فلم يفعل ليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف واما الثاني فوجه قول زفر رح ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين ضما البر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وهذه المسئلة فرع التي قبلها لما كان بالاخذ في النقلة من ساعته يبر ذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين انه لابد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على ان لا يسكن في هذه المحلة او السكة لو خرج بنفسه عازما على العدم العود ابدا حنث وان خرج على عزم ان يرسل من ينقلهم لانه يعد المتاهل ساكنا بمحل يسكنه اهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج منه الا ليلا او بعض الليل ايضا ويقول انا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار اهله وماله بها وبهذا القول قال احمد ومالك وعند الشافعي لا يحنث اذا خرج بنية التحويل قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبني على ان العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافها وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل فلا شك في انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة بخلافها لطروها على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة ان من كان اهله بمكان ببلدة هو بها ساكن فيه عملا للعرف فمبنى اللفظ عليه وهذا اذا الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع ابيه او امراة مع زوجها فلو حلف احدهما لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك اهله وماله وهي وجهازها ومالها لا يحنث وقيده الفقيه ابو الليث ايضا بان يكون حلفه بالعربية ولو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك اهله وماله وان كان مستقلا بسكناه نعم لقائل ان ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقي انما يقول انا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعي ان العرف على انه ساكن ما لم ينقل اهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد ان ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد **قوله** ولو كان اليمين على المصر الخ ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر وهذه المدينة قلنا لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح نقله الفقيه ابو الليث رح عن امالي ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك اهله وماله عرفا فلا يقال لمن اهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن في الكوفة هو ساكن بالبصرة والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ولو حلف لا يسكن هذه القرية او البلدة وهو مقيم بها فانتقل الى قرية اخرى وترك اهله وماله في الاولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز ممن قال هي كالحلف لا يسكن الدار فيحنث **قوله** ثم قال ابو حنيفة لابد في كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث

ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبتت بالكل فتبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضاء

لان السكنى من الحالف تثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه في المبسوط وهذا اصل لابي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير مانعا من ان يكون خمرا وبقاء مسلم واحد آمنا في بلدة ارتد اهلها مانعا من ان تصير دار الحرب الا ان مشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقي يتأتى به السكنى واما بقاء مكنسة او وتد او قطعة حصير لا يتأتى بها ساكنا فيها فلا يحنث وحقيقة وجه دفعه ان قوله السكنى تثبت بالكل ان اراد مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع همة نفسه الى القرار في المكان منعناه والا لزم انه لو سرق بعض تلك الامتعة انتفت السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فانما هي منوطة في العرف بقراره في المكان على وجه الانقطاع اليه مع ما يتأتى به رفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل على ان الكلام مبني باعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل اهله وبعض ماله يريد ان ينقله بعد ذلك او تركه لتفاهته وعدم الالتفات اليه تاركا سكنى ذلك المكان وقال ابو يوسف يعتبر في البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر بان يغفل عن شيء كابرة في شق حائط او يتعسر وقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخدائيته اي سكناه فيما انتقل اليه لان ما وراء ذلك ليس من السكنى اذ ليس من حاجتها قال المص قالوا هذا احسن وارفق بالناس في نفي الحنث عنهم ومنهم من صرح بان الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على ان الفتوى على قول ابي يوسف ولا شك ان المدار ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن اولا والحق ان من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من امتعته فيه ما يقوم به امر سكناه وهو على نية نقل الباقي ان يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة اما الاهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا **قوله** وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر حتى يبر بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة او المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المص استدلالا بما في الزيادات كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بمكة فلما توطن بمكة بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلي بها ركعتين لانه وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق ان يرجع قبل ان يدخل الى مكة صلى بالكوفة مارا عليها اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول ما لم يتخذ وطنا آخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال ابو الليث ان سلم داره باجارة او رد المستاجرة الى المواجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا اخرى واطلاق عدم الحنث اوجه وكون وطنه باقيا في حق اتمام الصلوة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل اهله وامتعته وخرج مسافرا ان لا يقال فيه انه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا او اذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل هو الآن غير ساكن في مكان حتى ينظر اين يسكن واذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب الخروج مقابل للدخول فناسب اعقابه به وتعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت اوردها في باب الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد او الدار او البيت او غير ذلك فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا ان يحمله ويخرجه كارها كذلك لا الاكراه المعروف وهو ان يتوعده حتى يفعله فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره الحالف

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف
لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف
لا ياتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل
كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال قال وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث فى آخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك مرجو

[illegible]

لا ياكل هذا الطعام فاكره عليه حتى اكل حنث ولو اوجر فى حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث فى الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان بقدر
على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح ان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب
الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الامر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضا ايضا ناقلا دفع بدفع اتفاقى وهو ما اذا امره ان
يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر ولو اتلفه وهو ساكت ينظره علم بنهيه ضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا
او لا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا الاشهر او بحبوب برج حلته ان تحل اليمين قال السيد ابو شجاع تنحل وهو ارفق للناس وقال
غيره من المشايخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشى وقاضى خان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا
لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها فى الذمة ويظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل
يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح
قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى
الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضى بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والذهاب
ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان فخرج مريدا مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان يصل حنث وهذا لان
الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع او لم يرجع ومقتضى هذا
ان يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كانه ضمن لفظ اخرج معنى اسافر
للعلم بان المضى اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغى ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا
ياتيها فخرج يقصدها لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف
لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول
اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المص وهو الاصح قال تعالى
ليذهب عنكم الرجس اى يزيله بمجرد تحقق الزوال يتحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول فى اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم فى
استعمالاته غاية الامر انه يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل
به وصول فلا يتعين احدهما التحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والاتيان صحت نيته ثم
فى الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفى الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد او لم
يقصد كذا فى جامع قاضى خان والفوائد الظهيرية **قوله** فان حلف ليأتين البصرة هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان
يفعلها فى المستقبل فاما ان يطلقها او يوقتها بوقت مثل لافعلن غدا او فيما بينه وبين يوم الجمعة ففى المطلقة مثل ليضربن زيدا
او ليعطين فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر وحيث لم يتقيد اليمين بوقت
يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى الى ان يقع اليأس عن البر فيحكم ح بالحنث ولا يقع اليأس الا فى آخر جزء

ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ
امر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن
الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه فتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة
كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير
اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر
العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

من اجزاء الحيوة فان كان الحالف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت احدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت
هذه المسألة في الطلاق وفي المقيدة يتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم افعل غدا كذا فعبدي
حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده **قوله** ولو حلف اي بالله او بالطلاق او بالعتاق ليأتينه غدا ان استطاع وصورته
في التعليق ان يقول امرأتي طالق ان لم آتك غدا ان استطعت ولا نية له تنصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل المحلوف
عليه وصحة اسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا ما اراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة اي دون الاستطاعة
التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لان افعال العباد مخلوقة له ولو اراد هذه بقوله ان استطعت
صحت ارادته فاذا لم يأته لعذر منه او لغير عذر لا يحنث كانه قال لآتينك ان خلق الله تعالى اتياني او الا ان تخلق الله اتياني
وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والآتي واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء او ديانة
فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه
اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول اوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله
عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه
القاضي في خلاف الظاهر **قوله** ومن حلف ان لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث
ولا بد من الاذن في كل خروج ومثله ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى في قوله الا باذني خروج مقرون بالاذن فما وراء الخروج
الملصق بالاذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المأولة من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرجي الا باذني وطريق
اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه
قول محمد انه لو اذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابي يوسف انه انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف
النهي بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو اذن لانه
لم يفصل بين المسموع وغيره قلنا ان الاذن انما يسمى اذنا لكونه علما او لوقوعه في الاذن ولم يوجد ثم انعقاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق او وان
لا تخرجين الا باذني مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل
داعر في المدينة كان على مدة ولايته فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا
لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر فلا يصدقه القاضي اما انه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه واما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية في قوله
لا تخرجي حتى آذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما
قبلها فيستعار الا باذني لمعنى حتى آذن وفي حتى آذن يحل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم في حتى انها ايضا توجب التكرار واستدل بقوله تعالى
تستأنسوا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على ان التكرار مراد فلا نزاع وانما الكلام في انه هو مؤدى اللفظ

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال قال وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل ذلك مرجو

[illegible]

لا يأكل هذا الطعام فاكره عليه حتى اكله حنث ولو اوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح ان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الامر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضا ايضا ناقلا دفع بدفع اتفاقي وهو ما اذا امره ان يتلف ماله فيفعل لا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر ولو اتلفه وهو ساكت ينظره علم بنهيه ضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا او لا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا بالاستان او بمحبوب هل تنحل يمينه قال السيد ابو شجاع تنحل وهو ارفق للناس وقال غيره من المشايخ لا تنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشي وقاضي خان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فتبقى على حالها في الذمة ويظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح **قوله** ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضي بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والذي ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان فخرج مريدا مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع او لم يرجع ومقتضى هذا ان يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كانه ضمن لفظ اخرج معنى اسافر للعلم بان المقصود المنع من السفر اليها لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج بقصدها لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المصنف وهو الاصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس اي يزيله بمجرد تحقق الزوال يتحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعمالاته غاية الامر انه يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين احدهما فالمتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والاتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد او لم يقصد كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية **قوله** فان حلف ليأتين البصرة هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها او يوقتها بوقت مثل لافعلن غدا او فيما بينه وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا او ليعطين فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر حيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى الى ان يقع اليأس عن البر فيحكم بالحنث ولا يقع اليأس الا في آخر جزء

ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه ويصح نية الأول ديانة لأنه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء أيضا لما بينا وقيل لا يصح لأنه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ولا بد من الإذن في كل خروج لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

من أجزاء الحيوة فإن كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه المسئلة في الطلاق وفي المقيدة يتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فإذا قال إن لم أفعل غدا كذا فعبدي حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده **قوله** ولو حلف أي بالله أو بطلاق أو عتاق ليأتينه غدا إن استطاع وصورته في التعليق أن يقول امرأتي طالق إن لم آتك غدا إن استطعت ولا نية له تصرف الاستطاعة إلى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لأنه هو المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه وهذا ما أراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة أي دون الاستطاعة التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لأن أفعال العباد مخلوقة لله ولو أراد هذه بقوله إن استطعت صحت إرادتها فإذا لم يأته لعذر منعه أو لغير عذر لا يحنث كأنه قال لآتينك إن خلق الله تعالى إتياني أو إلا أن يخلق الله إتياني وهو إذا لم يأت لم يخلق إتيانه ولا استطاعة الإتيان المقارنة والإتيان وإذا صحت إرادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط فقيل يصدق ديانة فقط لأنه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لأنه نوى حقيقة كلامه إذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والأول أوجه لأنه وإن كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الإطلاق عن القرينة لأحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في خلاف الظاهر **قوله** ومن حلف أن لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ولا بد من الإذن في كل خروج ومثله إن خرجت إلا بقناع ونحوه لأن المستثنى في قوله إلا بإذني خروج مقرون بالإذن فما وراءه الخروج الملصق بالإذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المتناولة من الفعل في سياق النفي فإن المعنى لا تخرجي إلا بإذني وطريق إسقاط هذا الإذن أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فإن قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبي يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الإذن العام ولأبي يوسف أنه إنما عمل نهيه بعد المرة لأنه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف النهي بعد الإذن العام لأنه لا يفيد لارتفاع اليمين بالإذن العام ولو أذن لها إذنا غير مسموع لم يكن إذنا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو إذن لأنه لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما أن الإذن إنما يسمى إذنا لكونه معلما أو لوقوعه في الأذن ولم يوجد ثم انعقاد اليمين على الإذن في قوله إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق أو فوالله لا تخرجين إلا بإذني مقيد ببقاء النكاح لأن الإذن إنما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان إذا حلف إنسانا ليرفعن إليه خبر كل داعر في المدينة كان على مدة ولايته فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا إذن لا تطلق وإن كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لأنها لم تنعقد إلا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الإذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي أما أنه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه وأما أنه محتمل كلامه فلأن الإذن مرة موجب الغاية في قوله لا تخرجي حتى آذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث أن حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلها فيستعار إلا بإذني لمعنى حتى آذن وفي حتى آذن ينحل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم في حتى أنها أيضا يوجب التكرار واستدل بقوله تعالى حتى تستأنسوا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول إن قام الإجماع على أن التكرار مراد فلا نزاع وإنما الكلام في أنه هو مؤدى اللفظ

ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى اذن لك

فقلنا لا فانه اذا قال حتى اذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ما هو اذن وبمرة واحدة من الاذن تحقق ما هو اذن فتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر فبغيره من دليل آخر لو علم انه اريد به خلاف مقتضاه وظاهر مذهب الشافعي في قوله الا باذني انه انتهى اليمين بخروجه مرة واحدة باذن الزوج او بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفي وجه كقولنا و هو اختيار المزني والقفال **قوله** ولو قال الا ان اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث ونقل عن احمد لزوم تكرار الاذن فيه ايضا مثل الا باذني وهو قول الفراء وهذا لان المعنى الا خروجا باذني لان ان والفعل في تاويل المصدر ولا يصح الا خروجا اذني فلزم ارادة الباء فصار باذني والجواب انه لا بد من احد الامرين اما ما ذكر من ارادة الباء المحذوفة اذ ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا اي حتى اذن لك وعلى الاول يكون كالاول وعلى الثاني ينعقد على اذن واحد واذا لزم في الا ان اذن لك احد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف اولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق بمعنى ما باضمار الباء ايضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الآية والثابت وجوب تكرار الاذن اجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا ان يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل على المنع والفعل مع كل متكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد اجيب ايضا عن الآية الاولى بلزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فالزم بعض المحشيين ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المراة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج ايضا وهذا هول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية انما بنا فيه النظر فيما ينعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ القاصر على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بان قال والله لا اشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب نبيذا لا يقول احد انه حنث ولزمه كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط ان الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد يقال لا يجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا كذا الا يقرانه بالمشية سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة واقل ما في الباب ان يكون وجود هذا المجاز اكثر والكثرة من اسباب الترجيح ح كون غير مجاز الحذف اولى يجب ان يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا والمستمر مفهوما من اللفظ بلا زيادة تامل وانت علمت ان حذف حرف الجر مع ان وان مطرد ولنقض ان آخر ان هما الا ان اذن لك ويجب ان يسلك به مسلك حتى وبغير اذني ويجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال لا اكلم فلانا الا باذن فلان او حتى ياذن او الا ان ياذن او الا ان يقدم فلان او حتى يقدم او قال الرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه [illegible] اليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن

ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور تفرد ابو حنيفة رح باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رح الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رح في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رح يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

في الكلام متناول لكل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما لا ينكر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج الا نص صحيح فيه مثل اذنت لك ان تخرجي كلما اردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار لا لان العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا وثبوت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا ان اذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك **قوله** ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور انفرد به ابو حنيفة رح باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي ان يحلف مطلقا وموقتة وهي ان يحلف ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر فاخرج ابو حنيفة رح يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظا موقتة معنى تتقيد بالحال وهو ما يكون جوابا الكلام يتعلق بالحال مثل ان يقال تعال تغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والسؤال الغداء في الحال فينصرف الحلف الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى في منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدأ لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال فان افادة اولى من الغاء لفظ صحيح في معناه او ما يكون بناء على امر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث بان قصده ان يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة ومنه من اراد ان يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر رح يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل خروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس ووجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغله وفرسه فلو ركب جمله او فيله لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لكن خصصه العرف بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلثة فيتقيد به وان كان الجمل ممن يركب ايضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو ان ينعقد على الجمل ايضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابة جمال دخل في يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بان نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابة مكرها لا يحنث على وزان ما تقدم في اول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة او محملا او دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا ان ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث ح بركوبها وان نوى دابة العبد ايضا لانه لا ملك للمولى فيه عند ابي حنيفة رح واما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين اذ كان لكنه غير مستغرق الا ان ينويه فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرفت اضافته الى العبد

باب اليمين في الاكل والشرب

عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع وان باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا ان يشترط المبتاع اخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنه عن عمر فاثبتت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا فقصر الاطلاق عن تناوله الا بالنية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق يحنث اذا نواه فيتحقق خلافه لابي حنيفة رحمه الله فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند ابي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لما في يده وعند ابي يوسف هو مملوك للسيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد رحمه الله يحنث في الوجوه الخمسة وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق نوى دابة العبد او لم ينو لاعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها اي المنعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف على دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان ما في يده مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي واحمد والظاهر ان ابا حنيفة رحمه الله اشعر بالعرف هنا فانه يقال هذه دابة عبد فلان وهذه دابة سيده فينصرف اليمين الى ما يضيفه العرف اليه لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره واقل ما يجب اذا صارت هذه الدابة تضاف الى كل منهما ان لا ينعقد عليها الا بقصد لانه ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها الا ان ينويها غير انه يقول اذا كان فيه مستغرقا انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك لان العرف ما كان يضيفه الى السيد مع اضافته الى العبد الا باعتبار ملكه فاذا انتفى انتفى والله اعلم

باب اليمين في الاكل والشرب عقبه بالخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب واليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما قيل والاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ كذا في التجريد وذكر الزندويسي ان الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمضغ عبارة عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان في فمه شيء فحلف لا ياكل فابتلعه ينبغي ان لا يحنث وفي فتاوى ابي الليث ما يدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لا شك في انه اكل اذا كان مما يمضغ على تفسير الايصال ما بحيث يمضغ الى الجوف ولا شك ان قوله عمل الشفاه انما اراد حركتهما فهو في الكل فيلزم ان يحنث ببلع ما كان في فمه لانه لا بد من حركتهما وهذا لانه لا يمكن ان يراد من عمل الشفاه ضمهما والحق ان الذوق عمل الفم بمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف اولا وقيل فكل اكل ذوق وليس كل ذوق اكلا فيكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى ان الاكل اذا كان الايصال ما بحيث يهشم لم يكن عمل الفم معتبرا في مفهومه وان كان قد يتحقق معه لزم ان بينهما عموما من وجه فيجتمعان في ايصال ما يهشم فان الهشم عمل الفم اعني الحنكين وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ مما يحتاج لمضغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب الجوز واللوز لكن في المحيط حلف لا يذوق فاكل او شرب يحنث ولو حلف لا ياكل ولا يشرب لا يحنث بالذوق وما روى هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو ان لا يوصل الى جوفه الا ان يتقدمه كلام يدل عليه نحو ان يقول تعال تغد معي فحلف لا يذوق معه طعاما وشرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على ان عدم الوصول الى الجوف ماخوذ في مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي ان لا يحنث بالاكل في الحلف على الذوق والذي يغلب ظنه ان مسئلة المحيط يراد بها الاكل المقترن بالمضغ او البلع لما لا يتوقف معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بان ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي داعيا في الشرع

ولا يحنث بابتلاعها واذا حلف لا يأكل شيئا مما لا يتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث ولو عنى بالذوق الاكل لم يصدق في القضاء ولو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فجعل يمضغه ويرمي ثفله ويبلع الماء لم يحنث لان هذا ليس اكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ثرد فيه فأوصله الى جوفه حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فأكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية فاما اذا حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خوردن فاذا قال نمي خورم بالابتة صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فجففه ودقه ثم صب عليه الماء فشربه لا يحنث ولو أكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شربا لا اكلا فان بله بالماء فأكله حنث **قوله** ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها بالمثلثة اي ما يخرج منها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم أكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فانه يحنث به كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقا ولذا عطف عليه في قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم وقيل لان ما يحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى ان من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التأويل اعني قوله لا آكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع على انه لم ينضج العنب ولانه كان متمكنا من العصر بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصرفت اليمين الى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به اي اذا اشترى به مأكولا فرع حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة اخرى فأكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث **قوله** وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمرا او من هذا اللبن فصار شيرازا اي رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه فأكله لا يحنث لان الاصل ان المحلوف عليه اذا كان بصفة داعية الى اليمين تقيد به في المعرف والمنكر فاذا زالت زال اليمين عنه وما لا يصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد يدعو الى اليمين بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فأكله اكل ما لم تنعقد عليه ومحض اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن مأكول فلا ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه لان الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا جبنه ولا زبده بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر ما يحال داعيا الى اليمين من جهله وسوء ادبه اذ كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بان الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بان الهجران قد يجوز او يجب اذا كان لعله بان كان يتكلم بما هو معصية او يخشى فتنة او فساد عرضه بكلامه فلا نسلم ان الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين فإن الممتنع عنه أكثر امتناعا عن لحم الكبش **قال** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا أو بسرا أو حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فأكل مذنبا حنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لأن الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما إذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكلا للبسر والرطب وكل واحد مقصود في الأكل بخلاف الشراء لأنه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كانت اليمين على الأكل يحنث لأن الأكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيرا أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الأكل دون الشراء لما قلنا

إلا أنه وجد المسوغ وإذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشبيبته وتذكر ما فيه في المسئلة التي تليها **قوله** ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فأكل منه بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست داعية إلى اليمين فلا يتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشا لوجود ذاته فيه فإنما قلنا ليست داعية لأن الصغر داع إلى الأكل لا إلى عدمه فالممتنع عنه مع صغره أشد امتناعا عنه كبشا وفي هذا نظر لأن الحمل ليس محمودا في الضأن لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النحس من بين الجيدين بخلافه كبشا فإن لحمه أكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته فصار كالحالف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم أن مبنى هذا وما قبله في مسئلة لا أكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسئلة ونسيان أنها بنيت على العرف فيصرف اللفظ إلى المعتاد في العمل والعرف في القول وأن المتكلم لو أراد المعنى يصح إرادته من اللفظ لا يمنع منه ففي مسئلة الحمل لعوام الفضلوا وهو عندهم غاية في غاية الصلاح وما يدريك بخسته إلا أفراد عرفوا شيئا من الطب فوجب بحكم العرف إذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين إلى ذات الحمل لأنه لما كان صالحا في الغاية عند العموم لا يحكم على المفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه إليهم فيلزم أن لا تعتبر الحملية قيدا وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية إلى اليمين في حق العموم فينصرف إلى ذاته وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبي علم أنه لا يراد عنه إلا ترك الكلام معه أو علم أن الكلام معه يضره في عرضه أو دينه فعقد يمينه في الأول على مدة كونه حملا وفي الثاني لمدة صباه فإنا نقول لو أراد حالف تقييده بالحملية والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وإنما الكلام إذا لم ينو شيئا فإنما يسلك به ما عليه العموم أخطأوا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال فإنك تدفع به كثيرا من أمثال هذا الغلط المورد على الأئمة **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لأنه ليس ببسر واليمين انعقد على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا أو رطبا أو حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الإرطاب من ذنبه يحنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث هكذا ذكر المصنف الخلاف وأكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم وشرح الطحاوي للإسبيجابي وشروح الجامعين والإيضاح والأسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطأ خلافه ذكر فيها قول محمد مع أبي حنيفة وصورة المسئلة أربع اتفاقيتان وهما ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا أو لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث اتفاقا وخلافيتان وهي ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فإنه يحنث في هاتين عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وجه قول أبي يوسف أن البسر المذنب لا يسمى رطبا لأن الرطب فيه مغلوب وأن الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا حنث ولذا لا يحنث بشرائهما في حلفه لا يشتري بسرا أو رطبا ووجه قولهما أن أكل ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لأن أكل كل جزء مقصود لأنه يمضغ ويبتلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فإنه يتعلق بجملة المشتري عنهما فيكون القليل منه تبعا للكثير ولو حلف عن لا يشتري رطبا واشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لأن الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا

قال ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما فى القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه الماء وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقى الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام

وكذا لو حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد فى كافيه وقد يقال ان هذا التعليل المذكور يقتصر على ما فصل فاكله وحده اما لو اكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية فى الاكل وثانيا هو مبنى على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذى فيه بقعة بسر لا يقال لآكله اكل بسرا فى العرف فكان قول ابى يوسف اقعد بالمبنى والله اعلم **قوله** ومن حلف لا ياكل لحما الخ تنعقد هذه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا وفى منية بالتى خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه ابى الليث يحنث فلو اكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث وهو رواية شاذة عن ابى يوسف لانه سمى لحما فى القرآن قال تعالى لتاكلوا منه لحما طريا اى من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا ياكل لحما فاكل سمكا فرجع الى ابى حنيفة فاخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض فسأله فقال لا يحنث فقال اليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كانك السائل الذى سألنى امس فقال نعم فقال له سفيان لا يحنث فى هذا ولا فى الاول فرجع عن ذلك القول وظهر ان تمسك ابى حنيفة انما هو بالعرف لا بما ذكر وذلك فى وجه الاستحسان ان التسمية التى وقعت فى القرآن مجازية لا حقيقية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فى السمك لسكونه الماء ولذا احل بلا ذكاة فانه ينقص بالالية تنعقد من الدم ولا يحنث باكلها لمكان العرف وهو انه لا يسمى لحما ولا تتبادر اوهام اهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم وكذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وايضا تمنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان لا تبنى على الاستعمال القرآنى الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا او لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنث مع تسميتها فى القرآن دابة واوتادا وهذا كله اذا لم ينوه اما اذا نواه فاكل سمكا طريا او مالحا حنث **قوله** حلف لا ياكل لحما فاكل من مرقة لا يحنث الا اذا كان نواه **قوله** وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين تنعقد على الحرام واليمين تنعقد على الحرام منعا وحملا فان وجب فى الحمل ان يحنث بخلاف النذر للنص لا نذر فى معصية الله تعالى ولا يرد عليه ان الايمان تبنى على العرف ولا تذهب الاوهام فى اكل اللحم الى اكل لحم الآدمى والخنزير وان سمى العرف لحم الآدمى لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف فى قولنا اكل فلان لحما كما فعلنا فى لا يركب دابة فلان اعتبر العرف فى ركب فان المتبادر منه ركوب هذه الانواع فيتقيد الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابى خلافه فقال قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغى ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفى الكافى عليه الفتوى وما قيل العرف العملى لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه فى النكاح الفضولى رد الملى النص هناك واورد ان الكفارة فيها معنى العبادة فكيف يجب بفعل هو حرام محض واجيب بان الفعل والحرمة انما يراعيان فى السبب والسبب فى وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث ولو ان كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة والاباحة لليمين والخطر للحنث وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من ان السبب هو الحنث وكون اليمين مذهب الشافعى والقائل المشار اليه وكان يغنى عن التهالك فى اثباته فيما تقدم تسليم ان اليمين سبب ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر ولا خلاف بيننا وبينهم ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه فى الجواب من ان الاضافة فى كفارة اليمين

... اذا اكل كبدا او كرشا ... حقيقة لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال ولو حلف
لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية
الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم

الى الشرط بناء الى المسبب وكل هذا بسبب التزام ان الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلنا باجبر الهتك اسم الله الثابتة بالحنث
معصية كان الحنث او طاعة واجبة او مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال ان يكون حراما وما يظن من انه يصح واجبا حراما من جهتين
توهم والا فمعنى الواجب والحرام باعتبار التعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الايجاد في وقت امد
فليس ذلك وتمامه في الاوهام وشذ في كفارة الاحرام تثبت ولا جناية اذا كان مريضا او به اذى من راسه **قوله** وكذا اذا اكل كبدا او كرشا
او رئة او قلبا او طحالا يعني حنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف
اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث وذكره في المحيط ايضا ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث باكل الشحم والالية الا ان
نواه في اللحم بخلاف شحم الظهر حنث به بلا نية لانه تابع اللحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين **قوله** ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث
الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار فيلزم كونه
من نفس مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به ولابي حنيفة انه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل
استعمال اللحم في اتخاذ الوان الطعام والقلايا فيجعل قطعا ويلقى فيها ليؤكل اكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم ويحصل به قوته ولذا يحنث
باكله في اليمين على ان لا يأكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على ان لا يبيع شحما والقاطع ينفي قولهما ان العرف لا يفهم من اسم الشحم الا
ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاما في العرف وبائع ذلك يسمى لحاما والايمان لا تبتنى على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما
في آية الاستثناء وقول بعض الشارحين شحم الظهر اما الالية او لحم او شحم لا قائل انه الية وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وايضا يقال
شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث باكله بعد ما ذكرنا لا يفيد علينا نمنع كونه ليس بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستعمل استعمال اللحم كما
ذكرنا وبه يلزم كون المذوب ليس لازما مختصا واللوازم جاز كونها مساوية لملزوماتها وكونها اعم منه فتشترك الانواع المتباينة في لازم واحد فجاز كون
المذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا نمنع انه ان لا يقال له لحم الظهر بل نقطع انه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر
او من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح وما في الكافي
من قوله فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة
على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم قال الامام السرخسي ان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم انتهى وكذا لا ينبغي
خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما **قوله** وقيل هذا اي الخلاف فيما اذا قال بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال
فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بان قال نميخورم پيه ثم اكل شحم الظهر **قوله** ولو حلف لا يأكل او لا يشتري لحما او قال شحما فاشترى الية
او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم والحق انه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية والا في يمين الشحم خلافا
لا تمدد العرف او العادة واما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا ان يراد جميع استعمالاته **فروع** حلف لا يأكل لحم شاة فاكل لحم
عنز يحنث وقال ابو الليث رضي الله عنه لا يحنث مصريا كان الحالف او قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف
لا يأكل لحم بقر فاكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لا يتناول الاعم وفي فتاوى قاضي خان ينبغي ان

وتستعمل مستعار بمعنى دونه ولهذا لا يحنث بأكل البيض من أكل الحم لا يحنث بنيه في اليمين على بيع الشهود قيل هذا في عربيه
فاما منهيه بالفارسية لا يقع على شحم اللحم بحال ولو حلف لا يشتري ولا يأكل لحما أو شحما فاشترى
الية او أكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا يحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا يأكل طعاما سماه فمضغه حتى دخل جوفه من مائه ثم القاه لا يحنث
ولو فعل هذا في العنب فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب
حنث لانه اكل الاكثر ولو حلف لا يأكل شيئا من الحلواء فاي شيء اكله من الحلواء من الخبيص والعسل والسكر والناطف حنث ذكره في الاصل قال
الامام النسفي في شرح الشافي هذا في عرفهم اما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لا يأكل ملحا فاكل طعاما مالحا يحنث كمن
حلف لا يأكل الفلفل فاكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل يحنث لان عينه غير
مأكول فتنصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه منفردا او مع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح
فبقول الفقيه يفتى وفي الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح فتنة فاخذ ماء وملحا او جعلهما في العجين لا يحنث لانه تلاشى ولو حلف لا يأكل لبنا
فطبخ بارز فاكله ذكر النسفي لا يحنث وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفي مجموع النوازل اذا كان ترى عينه ويوجد
طعمه يحنث ولو حلف لا يأكل زعفرانا فاكل كعكا على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصا فاكله يحنث
الا اذا وجد طعمه ولم تر عينه فلا يحنث وكذا هذا التمر فجعله عصيدة فاكلها لا يحنث وفي اكل السكر لا يحنث بمص مائه ولا يأكل
لحما يشتريه فلان فاكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى ان ليس سنفي بيته مرقة وفي بيته قميلة لا يعلم
اذا اعلم بها او كثيرة فاسدة لا يحنث ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث باكله كما لو حنث
المحلوف على طعامها ما طبخه غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو اوقد غيرها فوضعت
هي القدر لا يحنث انتهى وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ وعينه
والطباخ والمركب بوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على ما لا يؤكل ان لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فاكله
حنث ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فاكله لا يحنث معقد اليمين في الاول على بدله حلف لا يأكل مما يملكه فلان
فاكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فاكله وكذا من ميراثه اذا اخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف ما زرع
فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء اما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره واكل منه لا يحنث
ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فاكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب فمات فورث عنه فاكله حنث ولو انتقل بشراء
او هبة او وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوبا مسه فلان فمسه فباعه منه حنث حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم
غصب طعاما فاكله لا يحنث لما عرف ان الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه اثم الدرهم اما لو اكل خبز غصبه حنث ولو
اشترى بذلك الخبز لحما لا يحنث يعني اذا اكل اللحم ولو اكل لحم كلب او قرد لا يحنث عند اسد بن عمرو وقال نصير يأخذ
وقال الحسن كله حرام وقال الفقيه ابو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ولو اضطر لاكل الحرام
او الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب برا فطحنه ان اعطى مثله قبل ان يأكله لم يحنث وان
اكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعتوه او المكره اذا فعلا شيئا حراما فهو ليس بحلال

ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة رح وقالا إن أكل من خبزها حنث أيضا لأنه مفهوم منه عرفا ولأبي حنيفة رح أن له حقيقة مستعملة فإنها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان وإليه الإشارة بقوله في الكتاب حنث أيضا قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لأنه هو المعتاد في غالب البلدان ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث لأنه لا يسمى خبزا مطلقا إلا إذا نواه لأنه محتمل كلامه وكذا إذا أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث لأنه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنث

عنهما ولو أكل من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحنث أما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لأنه عقد فاسد فإنما أكل ملك نفسه قوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة يعني ولا نية له لم يحنث حتى يقضمها غير نية ولو تقضمها نيئة لم يحنث وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها أو سويقها وهو قول الشافعي وقالا إن أكل من خبزها حنث أيضا لأن الأكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولأبي حنيفة أن له حقيقة مستعملة يعني يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة أي في معناه الحقيقي وهو أن يأكل عين الحنطة فإنه معنى ثابت فإن الناس يقلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتقلى أي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الأكل بأطراف الأسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الأسنان أو بسطوحها فإذا ثبتت للفظ حقيقة تستعمل فهو أولى عند أبي حنيفة من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما إذا حلف لا يأكل من هذه البقرة أو الشاة فأكل لبنها أو سمنها أو زبدها أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على جلدها إذا كان مأكولا وهما يعكسان هذا الأصل ويريان المجاز المتعارف أولى ورجح قولهما بأن المتكلم إنما يريد العرف فإذا لم يكن له نية انصرف إليه بخلاف مسألة البقرة والبيضة فإنه ليس اللفظ مجاز اشتهر فترجح على الحقيقة والذي يغلب أن المتعارف ذا الأكثرية وجود المعنى وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا استعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أو لا آكل حنطة فيه بل لفظة أكلت حنطة يحتمل أن يراد أكلت عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيترجح قول أبي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال كثرة المعنى توجب كثرة اللفظ الذي يدل عليه لأنا نقول لا يلزم ذلك إلا إذا لم يكن إلا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لأنه يقال أكلت خبز الحنطة ويقال أكلت الحنطة بل الآن لا يتعارف في أكل الخبز هنا إلا لفظ آخر وهو أكلت الخبز اللهم إلا أن ينوي أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو العضم فلا يحنث بأكل الخبز اتفاقا ولو قضمها حنث عندهما كما يحنث بخبزها وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الأصل أنه لا يحنث عندهما إذا قضمها وصححها في الذخيرة ورجح شمس الأئمة وقاضي خان رواية الجامع أنه يحنث قال المص وإليه الإشارة بقوله في الخبز يحنث أيضا فإنه يفيد أنه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول راكبا لجعله مجازا في الدخول ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لأبي يوسف فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين الخبز والسويق والفرق أن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف إذا حلف على حنطة معينة أما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الإسلام ولا يخفى أنه تحكم والدليل المذكور المتفق على إيراده في جميع الكتب يعم المعينة والنكرة وهو أن عينها مأكول قوله ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف اليمين إلى ما يتخذ منه فيحنث بعصيدته وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا أخاف أن يحنث فلو استف منه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث بغيره إلا أن ينويه وإذا نواه لا يحنث بأكل الخبز قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لأنه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين إرادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لأجنبية إن نكحتك فعبدي حر فزنى بها لا يحنث لانصراف يمينه إلى العقد فلم يتناول الوطء إلا أن ينويه قوله ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاده أهل مصره

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او
غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف
الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم
ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل راسا فهو
على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان
كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر

خبز اذ ذاك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان ولو كان اهل بلدة لا يعتادون اكل الشعير لا يحنث به ولو اعتاد وخبز
الذرة كالحجاز واليمن حنث باكله ولا يحنث باكل القطائف وينبغي ان يحنث باكل الكماج لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم الزيادة
لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فاكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا
او لا يحنث بالعصيدة والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه وعن ابي حنيفة رحمه الله في حيلة اكله ان يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير
الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الارز الا ان يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهو اسم آمل واعمالها
قال السمعاني سمعت القاضي ابا بكر الانصاري ببغداد يقول انما هي تبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل
طبرستان وقال القتبي طبرستان معناه بالفارسية اخذ الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب التبر وهذا لا ينافي ما قاله
السمعاني بقليل تامل قال العبد الضعيف اعزه الله والبقاء للمسلمين وقد يقال لو ان بدويا اعتاد اكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها
اكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف
الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فينصرف كلامه اليه لذلك فهو متعنت فيمين لم يوافقهم بل هو مخالف لهم **قوله** ولو حلف
لا يأكل الشواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر المشويين لانه يراد به في العرف ذلك عند الاطلاق الا ان ينوي غير ذلك مما يشوى
من بيض او غيره ذلك كبقول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شواء العرب قولنا في ذلك قول اخر غير له قوله ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم يعني
بالماء حتى ان ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء مما يطبخ وكذا الفول الذي يسمى في
عرفنا الفول الحار لا يقال لأكله اكل طبيخا فينصرف الى خاص هو اخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا ان ينوي غيره من
الباذنجان ونحوه مما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضي ان لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفي الخلاصة يحنث في الارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا
بخلاف ما لو طبخ بزيت او سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم ايضا ولا شك ان اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام في انه هو المتعارف
الظاهر انه لا يختص به ولو اكل من مرق اللحم حنث قال المص لما فيه من اجزاء اللحم وهذا يقتضي ان من حلف لا يأكل لحما فاكل المرق
الذي طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم
فانه لا يسمى لحما في العرف **قوله** ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير في تلك البلدة ويباع فيها من رؤس الابل
والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح على الغنم
خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه فيها ثم صار في البقر والغنم فرجع ابو حنيفة رح عن انعقاده في حق رؤس الابل وفي زمانهما في
الغنم خاصة فوجب على المفتي ان يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري واورد ان العادة كما
هي في الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم او البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يؤكل اذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير واكله
مع ان اليمين انعقد باعتبارهما فحنث باكل لحمهما اذا حلف لا يأكل لحما اجيب بان الاصل في جنس هذه المسائل انه يجب العمل بالحقيقة
يعني اللغوية فان لم يمكن وجب اعتبار المتعارف ح واللحم يمكن فيه اكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس لا يمكن اكل

قال ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وإن أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث وهذا عند
أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح حنث في العنب والرطب والرمان أيضا والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي
يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها
وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعا وأكلا فلا يحنث بهما وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان إن معنى التفكه موجود فيها
فإنها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وأبو حنيفة رح يقول إن هذه الأشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها
فأوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الأقوات

قال ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به إدام والشواء ليس بإدام والملح إدام وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح كل

حقيقتها إذ من يبيع العظم مع اللحم فيصير إلى المتعارف ونقض بالشراء فإنه يمكن في الرؤس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها أجيب بالمنع بل من الرؤس ما لا يمكن بيعه كرؤس الآدمي وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة أنه لا يحنث إذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة فأمكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فإن إمكان العمل بحقيقة عمومه منتف إذ من الدواب النملة وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير إلى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من أن المتكلم إنما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فيجب عند عدم نيته أن يحكم بأن المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس الابتناء على هذا الأصل المذكور ولو كان هذا الأصل المذكور منظورا فيه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع **قوله** ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وإن أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والإجاص والكمثرى وهذا التفصيل عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا والأصل المتفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أن يتنعم به زيادة على المعتاد من الغذاء الأصلي ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه أي في معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا في الحالين فإن خصت العادة التفكه بإحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فإنها خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث بأكله يابسا وهذا المعنى أي معنى التفكه بأن يؤكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لأنهما من البقول بيعا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا وأما العنب والرطب والرمان وهي محل الخلاف فوجه قولهما أن معنى التفكه موجود فيها بل هي أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وأبو حنيفة رح يقول هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا ينكر أنها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث بأحدها إلا أن ينويه فيحنث بالثلاثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان أو من الأقوات وهي التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لا يعدونها من الفواكه وأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فأفتيا به فإن قيل الاستدلال المذكور لأبي حنيفة يخالف هذا الجمع فإن مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في أن مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك أن ذلك لغة والتفكه بالشيء ما يتنعم به زيادة على المحتاج إليه أصالة وهذا معنى اللغة ومستعمل العنب وأخويه ليس كذلك دائما فقصر الحكم الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما فإن قيل وفيه دليل على ما ذكرنا آنفا من أن المعتبر اللغة إلا أن لا يمكن فيعتبر العرف فإن هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك فالجواب أنه غير لازم لجواز أن يمنعا كون الاستقبال به أحيانا بالنسبة إلى بعض الناس يؤثر في نقض كونه مما يتفكه به **قوله** ومن حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو إدام كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لأنه يؤول إلى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا إلى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لأنه لا يصل إلى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل إذا بني الفعل له فإنما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز وما يصبغ

ما يؤكل غالبا مع الخبز فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح

الخبز مما له جسم كجرم الخبز بحيث يؤكل وحده فليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف رح وقول الشافعي واحمد رح والحاصل ان ما يصطبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والجوز والمشمش ليس اداما بالاجماع اي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انها على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكلان تبعا للخبز يكونان اداما اما البقول فليست بادام بالاتفاق لان اكلها ليس معتادا الا انه قد يقال في اهل الحجاز بالنسبة الى اكلهم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار ادام وفي التمر عنده وجهان في وجه ادام لما روي انه عم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه ابو داود وفي آخر ليس اداما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد اداما لانها لا تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له والمراد منه الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب مرأة لو نظرت اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي يوفق فما يؤكل غالبا تبعا للخبز موافقا له ادام والجبن ونحوه كذلك ويؤيده ما روي عنه عم سيد الادام في الدنيا والآخرة اللحم وقال سيد ادامكم الملح رواه ابن ماجة ويقال ان ملك الروم كتب الى معاوية رض ان ابعث الي بشر ادام على يد شر رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت اصهاره وهو من اهل اللسان وبقول محمد اخذ الفقيه ابو الليث ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو احيانا ليس اداما وهذا لانه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير مع الخبز كشيء واحد وهو بان يقوم به مقام الصبغ بالثوب وهو ان ينغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة فان الخل ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بادام ويرد عليه انه ان اعتبر في مسمى الادام ما يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يؤكل الا تبعا منعناه نعم ما لا يؤكل الا تبعا منه اكمل في مسمى الادام لكن الادام لا يخص اسمه الاكمل منه واستدل لابي حنيفة وابي يوسف ايضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز او قبله فلا يتحقق التبعية بخلاف المصطبغ به واجيب عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم كونه اداما اذ يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم واما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي مستبعدة منها اذ يستبعد لامام عالم ان يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم ملتزما لمؤنته لغرض مهمل لكافر والسكنى في بيت الصهر فقط لا يوجب ان يكون الساكن اشر رجل فآثار البطلان تلوح على هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية في الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وهما مختلطان فيه ثمة وتحصل التبعية ح ويدفع بان التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذن جسمان متكافئان لا يكون احدهما تبعا للآخر بخلاف ما وقع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز الا بالصبغ واما الجسمان المتكافئان فكل يصلح لرفع الجوع غير مفتقر

وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلوة الظهر إلى نصف الليل لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتى العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر لأنه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء

الى الآخر في رفعه قال التمرتاشي وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل إلا رغيفا فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد رحمه الله **قوله** وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء بفتح العين والمد من صلوة الظهر إلى نصف الليل وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فإن الغداء والعشاء اسم لما يؤكل في الوقتين لا الأكل فيهما فالوجه أن يقال فالتغدي الأكل من طلوع الفجر والتعشي الأكل من الظهر الخ لأن ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشي في الحديث إذ في الصحيحين من رواية أبي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشاء وفسرت بأنها الظهر في بعض الروايات هذا وتفسير التغدي بالأكل من الفجر إلى آخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس إلى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها السحر بعد ذهاب ثلثي الليل يريد إفقها عن محمد فيمن حلف لا يكلمه إلى السحر قال إذا دخل ثلث الليل الأخير فكلمه لم يحنث وقول الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس إلى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال إلى أن يمضي أكثر الليل ووقت السحور من مضي أكثر الليل إلى طلوع الفجر ثم قال هذا في عرفهم وأما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لأن الغدوة اسم لأول النهار. وما قبل الزوال أوله فالأكل فيه تغد وقد أطلق على السحور غداء في قوله عم لعرباض بن سارية هلم إلى الغداء المبارك وليس الا مجاز القربة من الغداة وكذا السحور لما كان لا يؤكل في السحر والسحر من الثلث الأخير سمي ما يؤكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الأخير سحورا بفتح السين والأكل فيه التسحر والتضحي الأكل في وقت الضحى ويسمى الضحاء أيضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلوة إلى أن تزول وأصل هذه في مسائل القضاء قال السرخسي فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس إلى أن تزول وإن قال عند طلوع الشمس أو حين تطلع فله من حين تطلع إلى أن تبيض لأن صاحب الشرع نهى عن الصلوة عند طلوع الشمس والنهي يمتد إلى أن تبيض والمساء مساءان أحدهما ما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فأيهما نوى صحت نيته وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لأنه لا يمكن حمل اليمين على المساء الأول فيحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب. وذكر الولوالجي والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلوة إلى نصف النهار والتصبح ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحوة يعني الكبرى لأنه من الإصباح وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا من طلوع الفجر إلى نصف النهار **قوله** ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وكذا السحور فلو أكل لقمة أو لقمتين أو أكثر ما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت وما تعشيت ولا تسحرت ويرد أنه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فإن ترك العشاء مهرمة ومعلوم أن كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع وأجيب بأن العرف الشاري يفيد أنه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم أو ما تعشيت البارحة وإن كان أكل لقمة أو لقمتين وكذا المعتبر في الغداء ما هو معتاد في حق أهل كل بلدة ما يعتاد ونه ما كولا لهم فلو كان عادتهم أكل الخبز في الغداء أو اللحم أو اللبن ينصرف إليه حتى أن الحضري إذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لأنه غداء أهل البادية ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيرهما حتى شبع مما هو غير معتاد التغدي به لم يحنث أيضا **قوله** ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء من الملبوس أو المأكول أو المشروب لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى فأي شيء أكل أو لبس أو شرب حنث

لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضي لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه

عند الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن ابي يوسف واختيار الخصاف لان النية انما تصح في الملفوظ لتعيين بعض محتملاته والثوب في ان
لبست والماكول والمشروب في ان اكلت او شربت غير مذكور تنصيصا لم تصادف النية محلها فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور
تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا اجاب بان تقديره لضرورة اقتضاء الاكل ماكولا وكذا اللبس والشرب والمقتضي لا عموم له عندنا ولانه ثبت ضروري فيتقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام وتصحيحه
لا يتوقف على كل ماكول لا على ماكول هو كذا فلا يصح ارادته فمبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي رحمه الله في ان المقتضي لا عموم له او له
عموم على ما ذكروا ما لو قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا وقال عنيت شيئا دون شيء فانه يدين فيما بينه وبين
الله تعالى لا في القضاء لانه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه نكرة في سياق الشرط فتعم لما انها الى كونها في سياق
النفي بسبب ان الشرط المثبت في اليمين الحلف يكون على نفيه لان المعنى نفي لبس ثوب فكانه قال لا البس ثوبا الا انه خلاف
الظاهر فلا يقبله القاضي منه فان قيل يجب ان تصح نيته تخصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق اجيب
بان المصدر الثابت ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا يخالف ما تقدم في مسئلة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا
بذكر الفعل فيقبل العموم حتى صحت نية الثلث بل الحق على هذا انه عام واذا قيل كما قلتم في قوله ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلا
يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج الى غيره تخصيصا لنفس الخروج بخلاف ما لو نوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث
لا يصح لان المكان غير مذكور فكذا يراد تخصيص فعل الاكل وكذا قولكم فيما اذا حلف لا ساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد انه يصح
وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وان عم بسبب انه في سياق النفي لان الفعل في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان
عمومه ضرورة تحقق الفعل في النفي فانه لا يتحقق في محله الخاص اعني بعد لفظة لا في لا اكل الا بتحقق ذلك المصدر هناك وما ليس
ثبوته الا ضرورة امر لا يثبت باعتبار غيره ولا يثبت ما هو زائد عليه ومعلوم ان من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر
العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان اكلت اكلا فان الاسم ح مذكور صريحا
فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لان اكلا المذكور ليس عين اكل النفي للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام
الاسم وقبل التخصيص واما مسئلة الخروج فقد انكرها القضاة الاربعة القاضي ابو الهيثم والقاضي ابو حازم والقاضي العمي
وابو طاهر الدباس وحملوا ما روى عن محمد فيها على ما لو قال ان خرجت خروجا فكانها سقطت من الكاتب ومن
التزمها اجاب بان الخروج في نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلفت احكامها فتقبل ارادة احد نوعيه وبه اجيب
عن مسئلة المساكنة فانها متنوعة الى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقة وهي ما يكون في دار فارادة
المساكنة في بيت ارادة اخص انواعها وبهذا يخالف ما اذا حلف لا يغتسل او لا ينكح ثم قال عنيت من جنابة او امرأة دون
امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال غير متنوع لانه عبارة من امرار الماء والتنوع في اسبابه وكذا
لا يسكن دار فلان وقال عنيت باجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بان استأجرها منه او استعارها فابى فحلف ينوي السكنى
بالاجارة او الاعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير اجر حنث بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان ونوى اشتراها

يدان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه
تكون في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

لنفسه فانه يصدق لانه احدى نوعي الشرا لانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره فيصح نية احدى النوعين بخلاف السكنى نفسها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية او عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص من جنس كان الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة الى البلاد اختلاف بالصفة وكان السر في ذلك والله اعلم ان ذكر لفظ امرأة او رجل يعين ذكر ولد اب الى آدم فكانه قال كل من لها اب من ولد آدم واراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها تقتضي الوجود لا اللفظ والحق ان الافعال الخارجية لا تتصور ان تكون الا نوعا واحدا لا فرق في ذلك بين الغسل ونحوه وبين الخروج ونحوه من الشراء فكما ان اتخاذ الغسل بحسب انه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس الا قطع المسافة غير انه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير منقسمة الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عند ذلك جعلنا اعتبار الشرع اياها كذلك كما في الخروج المختلف الاحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره تختلف حكمه فيحكم بتعدد النوع في ذلك ولا يخفى ان المساكنة والسكنى ليس فيها اختلاف احكام الشرا الطائفة منها بالنسبة الى طائفة اخرى بل كل في نفسه نوع لان الكل قرار في المكان ثم اعلم ان التحقيق ان المفعول في لا آكل ولا البس ليس من باب المقتضى لان المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان او بعدم صحته شرعا مثل اعتق عبدك عني وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا نعم المفعول اعني المأكول من ضروريات وجود فعل الاكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لا بد ان يستدعي معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا وتناسيا وطائفة من المشائخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم قلنا ان نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين جمع بان من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وغير ذلك اذ هذا المحذوف ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على عرف ان الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باب المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا يأكل من مكان دون آخر او زمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال ان يقول لا اكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا اكلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول في حكم المذكور اذ لا يعقل الفعل الا بعقليته ممنوع بل يعقل بتعقل معنى المتعدي من ضرورة فانما هو لازم لوجوده لا مدلول للفظ هذا ويكون ارادة نوع ليس تخصيصا من العام مما يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته واقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص لا تقتلوا المشركين وانما المنع في مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع افراد ما لم نخرج فيه تخصيص لسفر تخصيص كل ما يصدق

قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة

عليه اسم السفر فيستمر الاشكال في يمين المساكنة والخروج وقد انكر هذه من ذكرنا ولا يجاب بما ذكر في الذخيرة جوابا عن ايراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه من حيث انه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب ان يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قوله انت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لان الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن هذا الوجه يصير تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لانهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله انت بائن يصح نيته اي انواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لان الاعم في الاثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي لو قلت رايت رجلا لا يعم اصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رايت رجلا قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا يتناول بفمه من نفس النهر عن ابي حنيفة يعني اذا لم تكن له نية اما اذا نوى باناء حنث به اجماعا وقالا اذا شرب منها كيف ما شرب باناء او بيده او كرعا حنث لا فرق بين ذلك بين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها باناء او كرعا في دجلة او نهر آخر ياخذ من دجلة لان نسبة الماء اليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي واحمد ووجهه انه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو وان كان مجازا اما مجاز حذف اي من ماء دجلة او مجاز علاقة بان يعبر بدجلة عن مائها وهو اولى من مجاز الحذف لاكثرية بالنسبة اليه ولشهرة جري النهر مقررين لذلك علاقته المجاورة ثم هو اشهر من انه يراد به نفس الكرع فيصرف اليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيف ما كان بخلاف ما لو استلقى وادخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا ليس دخولا واليمين انعقدت عليه وله ان المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب واهل العرف لان كثيرا من الرعاء وغيرهم من اهل العرف يفعلونه وروي عنه عليه السلام انه اتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة ما لم تهجر كانت اولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا الا انهما يقولان حنث به باعتبار انه من افراد المجاز لا باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا اهدار هذا القسم وانما قلنا ان الكرع حقيقة اللفظ لان من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده او كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها واما ما في الهداية من ان من هنا للتبعيض فانما يصلح توجيها لقولهما لان المعنى ح لا اشرب بعض ماء دجلة اذ لو اريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة هو الارض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ولو اريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض فيصير المراد لا اشرب من ماء دجلة وهو ليس قولهما فيحنث بالكرع وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور في تقديم المجاز المتعارف وهو ان الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى الاصلي ينصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بان يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء لزم ان يراد بلفظ دجلة ماؤها وح جاز ان يكون من للتبعيض فالمعنى لا اشرب بعض ماء دجلة او للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشربه بانيها كرعا وغيره واما الاستدلال له بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف غرفة بيده من جهة انه يفيد ان ما باليد يخالف الشرب

[illegible] ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة

منه فغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال اولى اذا امكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد انهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كناية ورى فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا او كثيرا كائنا فليس مني الا من شرب منه قدر كفه تحقيقا بان اغترفها والذي انتظم عليه راي اصحابنا في الدرس توجيه قول ابي حنيفة رحمه الله ان اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء وارادة تمضمض فمه على نفس اجزائه تشتق فالمراد ليس لا وضعه على الماء الكائن فيها وتحاجه كون الاسم حقيقة فيه مشتركا او مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال ان حقيقة اللفظ اعني مجموع التركيب لو وضع الفم سنفه تابها حال كونه في خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا في هذا المعنى فمعنى قوله اللفظ حقيقة مستعملة الخ ان التركيب حقيقة وصل المعنى الحقيقي للشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص ومجاز كون من للتبعيض والمعنى لا اشرب بعض دجلة اي الماء الخاص في المكان الخاص تظهر مكان كونها للتبعيض مع صحة قوله اللفظ اي التركيب حقيقة مستعملة في الشرب من نفس النهر الكائن في المكان ثم ترجح مجازه في المفرد اعني دجلة المستعمل في مائها بقيد كونه من نفس النهر على مجازيها وهو دجلة في مائها الا هذا القيد حتى حنث بالشرب منه باناء ومن نهر صغير ياخذ منها بانه مجاز اقرب الى الحقيقة اعني دجلة بمعنى النهر ونظير المسئلتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز آخر فشرب حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الحب او من ماء هذا الحب فنقل الى حب آخر ولو قال من هذا الجب او من هذا البير قال ابو سهيل الشيء لو كان الحب والبير ملآن فيمينه على الكرع عند ابي حنيفة رح لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغي ان يقال على ما هو اعم من الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من اسفل الجب او البير اختلفوا والصحيح انه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة **فروع** لو قال لا اشرب من الفرات وشرب من نهر ياخذ منه لم يحنث اجماعا اما عنده فان يمينه على الكرع واما عندهما فلانه مثل الفرات في امساك الماء فينقطع النسبة فيخرج عن عموم المجاز اما لو قال لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر ياخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فراتا يحنث بكل ماء عذب في اي موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك او من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فاكله لا يحنث فاذا ذاب فشرب يحنث قال الفقيه ابو الليث هنا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفي فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شربه لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان في النيل حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر او ربعه والظاهر ان هذا لا ياتي في النيل لان الشط ينتفي قبل الربع ايضا بالسعة ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا فحنث لشرب الماء والنبيذ وكذا المبيع عندنا اتفقا وفقا لا يشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان في العرف اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب النيلوفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب

ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه ولابي يوسف انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا

بغير اذن فلان فاعطاه فلان فلم ياذن بلسانه في الخلاصة ينبغي ان يحنث وهذا دليل الرضى وليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغيرجنسها كالاقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روي عن ابي يوسف في النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه الماء فشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء حنث استحسانا واما اذا اخلطه بجنسه بان حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة اخرى وعند ابي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج اما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا عقد يمينه على الدهن

قوله ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء او لم يعلم وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله اي اصل هذا الخلاف ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول مالك ووجه عند الشافعية وعند ابي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا البقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما وحنث عند ابي يوسف لانها تبقى ويحنث في آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت وحنث بالاتفاق بان اليمين انعقدت على ازالة حياة يحدثها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقد باعتبار على حياة القائمة على ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسئلة الكوز فانه وان امكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف لياكلن هذا الرغيف اليوم فاكل قبل الليل او ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له او مات احدهما قبل مضي الغد او قضاه قبله او ابراه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند ابي يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رايت عمرا فلم اعلمك فعبدي حر فراه مع زيد فسكت ولم يقل شيئا او قال هو عمرو لا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم يبق اليمين وعنده تعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه وكذا اذا حلف لا يعطيه حتى ياذن فلان فمات فلان ثم اعطاه لم يحنث خلافا له وكذا ليضربنه او ليكلمنه وجه قولهما ان اليمين انما تعقد للبر حملا او منعا او لاظهار معنى الصدق فكان محلها خبرا يكون فيه البر فاذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد الا في محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولابي يوسف انه امكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الحلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على مس السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا حيث تنعقد مع استحالته عادة ثم يحنث في الحال قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف لانه فرع الاصل فينعقد اولا في حقه ثم ينتقل الى الخلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم ... [illegible]

وابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ واذا فات البر بفوات ما عقد عليه يمينه فيحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة **قال** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رحمه الله لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

تصور البر وعند ابي يوسف يحنث للحال في الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فاهريق لتحقق تصور البر ثم فوته فيحنث لوجود شرطه **قوله** فابو يوسف فرق الخ لا شك ان ههنا اربع صور صورتان في المقيدة باليوم او وقت آخر جمعة او شهر وهما ان يكون في الكوز ماء وقت الحلف وان لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما ماتان ايضا ففي المقيدة ولا ماء لا ينعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وينعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر ومن وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا واذا اهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لا انعقادها ثم طرء العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى آخر الوقت وعنده يتاخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث في المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى والتي في المطلقة وفيها ماء تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما اذا اريق حنث اتفاقا اما عند ابي يوسف فلطريق الاولى مما قبله واما عندهما فلان تصور البر ليس شرطا في المطلقة الا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق ابو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين والفرق ان المتاقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في آخر جزء من الوقت وان كان التاخير لا يرجى له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لان اللفظ ما لواجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقا متعينا الا في آخر جزء منه فلا يحنث قبله فكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا بعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة في تاخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف او المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه او طلاقها فان ذلك ان كان البر مرجوا ولا رجاء ههنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا الياس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وههنا ايضا يحتاجان الى الفرق ولانه لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل آخره فاذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكانه حلف اذ ذاك ليشربن ما في هذا الكوز اليوم وعلمت هذا ان اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين الموقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث لقائل ان يقول وجوب البر في المطلقة في الحال ان كان بمعنى تعيينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك انه ليس كذلك وان كان بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في آخر جزء من الحيوة فالموقتة كذلك لانه لا يحنث الا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحيوة فلاي شيء تبطل اليمين عند آخر اجزاء الوقت في الموقتة ولم يبطل عند آخر جزء من الحيوة في المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فانت طالق فقال ابوها ان وهبت له صداقك فامك طالق فحيلة عدم حنثهما ان يشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا ارادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية **قوله** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها يعني اذا حلف مطلقا كما هو في الكتاب اما اذا وقت اليمين فقال لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد اصلا لانه مستحيل عادة

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله

فيبطل المستحيل حقيقة كما في الكوز فلا ينعقد ولنا ان صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله سبحانه صفة الحجرية والباس صفة الذهبية بناء على ان الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات او باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها باجزاء ذهبية فالتحويل في الاول ظهر فهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق وكرامات الاولياء فكان البر متصورا فينعقد اليمين موجبة الخلافة وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال عادة الحيوة فيه فيثبت معه احتمال ان يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسألة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فمحط الخلاف انه الحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا متفهما والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الكلام لما فرغ من ذكر الافعال التي هي اهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعهما شرع في الكلام اولا بد من وقوعه لان الانسان لا بد له من ايصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرهما لتقدم الاعم على الخصوصيات **قوله** ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه لقرب مكانه منه الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله اي لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غير ثابت فادير على مظنته ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سالما سمع ولهذا لو كان اصم حنث وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه فانه قال في بعضها فناداه او ايقظه وفي بعضها فناداه واتقظه قال واختاره مشائخنا لانه اذا لم ينتبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فقلنا من ان يميز حروفه فمع ذلك يكون لاغيا لا مكلما مستا او صار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح ان يقال كلمه اذا كان بحيث لولا الصمم سمع لا يقال ميت في الميت كذلك لولا الموت سمع لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحي لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا يشعر له بنداء به وكلامه لكن ما ذكر محمد في السير الكبير اذا نادى المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا انهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو امان قال السرخسي هذا يبين ان الصحيح في مسئلة الايمان الحنث وان لم يوقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بان الامان يحتاط في اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ما ذكر في باب التيمم من ان المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد وللمشائخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء لا يعلم به لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس وانهيت الى هذه مسائل تزيد على عشر جعل فيها النائم كالمستيقظ في الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستانف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او اخرجي او قومي او شتمها او زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام

وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشائخنا لانه اذا لم يتنبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

الاول فلا يكون مرادا باليمين الا ان اريد به كلاما مستانفا وهو وجه لاصحاب الشافعي وبه قال الشافعي في الاظهر واحمد ومالك رح يحنث وفي المنتقى لو قال فاذهبي او واذهبي لا تطلق ولو قال اذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين واما ما في نوادر ابن سماعة عن محمد رح لا اكلمك اليوم او غدا حنث لانه كلمه اليوم بقوله او غدا ولا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا اراد ان يحلف على احد الامرين لا يقال الا كذلك وعلى هذا اذا قال لآخر ان ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور ان يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها ان ابتدأتك بكلام وقالت هي له كذلك لا يحنث اذا كلمها لانه لم يبتدئها ولا يحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث الا ان لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رحمهما الله قضاء ايضا اما لو قال السلام عليكم الا على واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلوة فان كان اماما قيل ان كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث وان كان عن يساره يحنث لان الاولى واقعة في الصلوة فلا يحنث به بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بهما لانهما في الصلوة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث فيهما وهو الصحيح والاصح ما في الشافي انه يحنث الا ان ينوي غيره وفي شرح القدوري فيما اذا كان اماما يحنث اذا نواه وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا لان سلام الامام يخرج المقتدي عن الصلوة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من حنث وقال ابو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كي تو حنث وبه اخذ وهو المختار ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك او لبي حنث ولو كلمه الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو اراد ان يامره بشيء فقال وقدم المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحنث قاله في الذخيرة ولو حلف لا يتكلم فناول امرأته شيئا وقال ها حنث ولو جاءه كافر مريدا للاسلام فبين صفة الاسلام بمعاله ولا يوجه اليه لم يحنث وفي المحيط لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو او فتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلوة يحنث ولو كتب اليه كتابا او ارسل رسولا لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك واحمد رح واستدلالهم بقوله تعالى وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا الى قوله تعالى او يرسل رسولا اجيب عنه بان مبنى الايمان على العرف واعلم ان الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة ايضا فان نوى في ذلك كله اي في الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحدثه لا يحنث الا ان يشافهه وكذا لا يكلمه فيقتصر على المشافهة ولو قال لا يبشره فكتب اليه حنث وفي قوله ان اخبرتني ان فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة وكذا ان اعلمتني وكذا البشارة ومثله ان كتبت الي ان فلانا قدم فكتب اليه قبل قدومه فوصل اليه الكتاب حنث سواء وصل اليه قبل قدومه او بعده بخلاف ان كتبت الي بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع وذكر هشام عن محمد سالني هارون الرشيد عمن حلف ان لا يكتب الى فلان فامر ان يكتب اليه بايماء او اشارة هل يحنث فقلت نعم يا امير المؤمنين اذا كان مثلك قال السرخسي وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما يامر به ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند ابي يوسف رحمه الله ويحنث عند محمد رح لان المقصود الوقوف على ما فيه لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما الا ان ينوي كلا منهما فيحنث

ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رح لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالآذن كالرضاء قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر **قال** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد اليمين وذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرء القرآن في صلوته لا يحنث وان قرء في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رح لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

بكلام احدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه في بعض المواضع **قوله** ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان اي بالاشتقاق الكبير او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع قال المص وقال ابو يوسف لا يحنث وهذه رواية عنه كما ذكره الاقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم انه لا يحنث وعن ابي يوسف يحنث ووجه هذه الرواية عنه ان الاذن هو الاطلاق وانه لا يتم بالاذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضى فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث اجاب المص بان الرضا من عمل القلب ولا كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضى ظاهرا لكن معناه الاعلام بالرضا فلا يتحقق الا بمجرد الرضا وما نوقض به من انه ذكر في التتمة والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا واذا اجيب بانه يدل على تحقيق مقصود المورد لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار ماذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط اخذ لعبده فلم يعلم به احد من الناس فتعرف العبد ثم علم باذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه ان الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه وقوله على ما مر يعني ما تقدم آنفا من قوله ان الاذن مشتق من الاذان الخ

قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو اي ابتداء الشهر من حين حلف لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف موجب ترك الكلام من الآن ونظيره اذا اجره شهرا لان العقود تراد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون واما الاجل في قوله كفلت لك بنفسه الى شهر فاختلف في انها لبيان ابتداء المدة او لانتهائها وعن ابي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر والحاقا باجال الديون فجعلها لبيان ابتدائها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو احسن لان الاجل في مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لاصومن شهرا فانه نكرة في الاثبات وانما يوجب شهرا شائعا بتعيينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال واما قول المص لو لم يذكر الشهر تابد فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي ما يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهره انه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره من وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو اطلق تابد لانه نكرة في النفي يعني مصدر ذلك الفعل فاذا اخرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا بالايجاب ولا يخفى ان ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخارجة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالة على النفي ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهرا ابتداؤه من الحال فلذا اجمل المص قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا الا انك علمت من تقريرنا ان لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التابيد والاخراج واما ما فرع على استقلال الاخراج مما ذكره التمرتاشي من قوله ان تركت الصوم شهرا وكلامه شهرا تناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا ان لم اساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا في عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه نعم ان كان في مثله عرف يصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا **قوله** وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلوة لا يحنث وان قرأ في غير الصلوة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اذا فعله في الصلوة لا يحنث وخارجها يحنث هذا جواب الاستحسان وفي القياس يحنث فيهما

ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رح انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف

وهو قول الشافعي رح لانه اي القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا تكلموا في الصلوة متفق عليه واما الحديث الذي ذكره المص من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس فلا يستلزم نفي الكلام مطلقا وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف المتاخر لا يسمى التسبيح والقرآن ايضا وما معه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه او قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشائخ انه لا يحنث ايضا بجميع ذلك خارج الصلوة واختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فانت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لله لا اله الا الله الله اكبر طلقت ثلاثا لانه كلام متعدد لاستيناف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد فقد يدفع بان الكلام في مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد اصلا واما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفي الحديث اصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والايماء ونحوه **قوله** ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار فان كلمه ليلا ونهارا حنث ثم قال المص في وجهه لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا او نهارا والكلام لا يمتد قيل في وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد لا يتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عدم المفهوم صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير ما افاد الاول فليس مثلا وايضا الكلام متنوع الى خبر واستخبار وامر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق انه ممتد فقد يقال فلا يحمل عليه مطلقا انه غير ممتد اذ كل نوع منه على حدة ممتد على ان اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة بمعنى كيف ما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول او لا وبه يندفع القولان وكذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح ان يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف اولى من اعتبار المضاف اليه كما في قولك امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما اضيف اليه الظرف وعدمه بجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلي بخلاف ما اضيف اليه لانه ليس مقصودا الا للتعيين ما يتحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاولي واستشكل بما لو قال والله لا اكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك في التتمة وبه قال الشافعي وهذا الايراد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المص وجوابه ان المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفي حينئذ ذكر الغد والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا اكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعي رح وهو كقوله ثلاثة ايام وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في انت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلاثة ايام ولو قال كل يوم تطلق واحدة ولا تحقق التجديد لو اريد باليوم مطلق الوقت **قوله** وان عنى النهار خاصة اي بلفظ اليوم دين اي صدق في القضاء لانه مستعمل فيه لانه حقيقة مستعملة فجدير ان يقبله القاضي وان كان فيه تخفيف على نفسه او هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن ابي يوسف لا يدين في القضاء لانه خلاف

ولو قال ليلة أكلمه فهو على الليل خاصة لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت

ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والإذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث لأنه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين

المتعارف فكأن خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء. قوله ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة لأنه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم وأورد عليه قول القائل: وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة * ليالي لاقينا جذاما وحميرا * سقيناهم كأسا سقينا بمثلها * ولكنهم كانوا على الموت أصبرا * والمراد مطلق الوقت فإن الحرب لم يكن ليلا وأجاب شمس الأئمة بأن المذكور الليالي بصيغة الجمع وذكر أحد العددين ينتظم بإزائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر الليالي ينتظم الأيام التي بإزائها كما أن ذكر الأيام ينتظم الليالي التي بإزائها قال تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام وفي آية أخرى ثلاث ليال والقصة واحدة وليس الكلام إلا في المفرد فإن ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب ونظر فيه بعضهم بأنه يقتضي أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت مستوعبة لليالي تتبعها أيام بعدها والمتعارف في مثل هذا الكلام أنه إنما يقصد به الوقت لا الجمع بين الأيام والليالي وليس بشيء لأن الواقع قد يكون أن الحرب وقعت بينهم أياما وليالي وهذا كثير الوقوع فأراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا داعي لذلك في نفس الأمر. قوله ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والإذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث لأنه غاية أي إن القدوم والإذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا أن فعل الشرط المثبت في اليمين يكون للمنع منه فيكون في معنى المنفي به وبالقلب فقوله إن كلمته حتى يقدم بمعنى لا أكلمه حتى يقدم وإن وقع خلاف ذلك فامرأته طالق فإذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الإذن فتبقى اليمين ما بقي عدم الإذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهي بعد الغاية لأنها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه وإذنه. أما أن حتى غاية فظاهر وأما أن إلا أن غاية فلأن ما بعدها ينتهي منع الكلام فشابهت الغاية إذا كانت الغاية منتهية فأطلق عليها اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم إلا أن تقطع قلوبهم أي إلى أن تموتوا وقيل هي استثناء على حالها وفيه شيء وهو أن تقدير الاستثناء فيها إنما يكون من الأوقات أو من الأحوال على معنى امرأته طالق في جميع الأوقات والأحوال إلا وقت قدوم فلان أو إذنه والأحوال قدومه أو إذنه بتقدير مضاف إلى المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن فإن تقديره إلا أن يأذن إلا إذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الإذن والقدوم فيقتضي أنه لو كلمه بعد القدوم أو الإذن حنث لأنه لم يخرج من أوقات وقوع الطلاق إلا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم أورد أن إلا أن شرط لا غاية لأنها شرط في قول امرأته طالق إلا أن يقدم زيد فإن المعنى إن لم يقدم زيد وأجيب بأنها إنما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله يعني فتكون فيه الشرط انتهى وهذا يؤيد ما تقدم من أن الكلام مما يمتد لأنه شرط هنا بخلاف ما ذكره المصنف ولما كان مظنة أن يعترض بأن الشرط وهو إلا أن يقدم مثبت والمفهوم أن القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجهه شارح آخر فقال وإنما حمل على إن لم يقدم في مسألة الطلاق لا على إن قدم لأنه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمرا إلى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والمتحقق في ذلك أن الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا إن لم يقدم لكن حيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم فأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل أنت طالق إن لم يقدم فلان فلا يقع الطلاق إلا أن يموت فلان قبل أن يقدم أو يأذن لأنه مطلق كقوله إن لم أطلقك فأنت طالق قال تاج الشريعة ومهما أمكن المصير إلى هذا المجاز يعني الغاية لا يصار إلى ذلك المجاز يعني الشرط

وإن مات فلان سقطت اليمين خلافا لأبي يوسف لأن الممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان إما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في إضافة الملك بالاتفاق وفي إضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات لأن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الإشارة ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحنث في العبد أيضا وهو قول زفر وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها لكونها قاطعة للشركة بخلاف الإضافة فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادى لذاته فكانت الإضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم

لأن في هذا إجراء المجاز في مجرد الاستثناء وفي ذلك إجراؤه في استثناء القدوم لأنا نجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم وإجراء المجاز في الجزء أولى منه في المجموع **قوله** وإن مات فلان سقطت اليمين خلافا لأبي يوسف لأن الممنوع منه كلام ينتهي المنع منه بالإذن والقدوم ولم يبق الإذن ولا القدوم بعد موت من إليه الإذن والقدوم متصور الوجود فلم يبق البر متصور الوجود وبقاء تصوره شرط لبقاء اليمين الموقتة عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد على ما مر وهذه اليمين موقتة بوقت الإذن والقدوم إذ بهما يتمكن من البر إذ يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط لسقوط تصور البر وعند أبي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين فأي وقت كلمه فيه يحنث فإن قيل لا نسلم عدم تصور البر بموته لأنه سبحانه وتعالى قادر على إعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن فالجواب أن الحيوة المعتادة غير الحيوة المحلوف على إذنه فيها وقدومه وهي الحيوة القائمة حالة الحلف لأن تلك عرض تلاشى لا يمكن إعادتها بعينها وإن أعيدت الروح فإن الحيوة غير الروح لأنه أمر لازم للروح فيما له روح **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا له بعينه إنما أراد من ينتسب إليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ اعلم أنه إذا حلف على هجران محل مضاف إلى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الإضافة في الكل معرفة لمعين ما عقد اليمين على هجره سواء كانت إضافة ملك كعبده وداره ودابته أو إضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالإضافة مطلقا تقييد النسبة والنسبة أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل إضافة النسبة تقابل إضافة الملك كما فعل المص وغيره لأنه لا تقابل بين الأعم والأخص إلا أن يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محل الجعل المذكور للمص وإذا كانت هذه الإضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك إما أن يقرن به لفظ الإشارة كقوله لا يكلم عبده هذا أو زوجته هذه أو لا فعلى تقدير عدم الإشارة الظاهر أن الداعي في اليمين كراهته في المضاف إليه وإلا لعرفه باسمه العلم ثم أعقبه بالإضافة إن عرض اشتراك مثلا لا أكلم راشدا عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد أو فلانة زوجة فلان كذلك فلما اقتصر على الإضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار إليه كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف إليه وإن احتمل أن يهجره لذاته أيضا كالزوجة والصديق فلا يصار إليه بالاحتمال وح فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الإضافة وقت الفعل وإن كان موجودا وقت اليمين ودامت الإضافة إلى وقت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بأن باع وطلق ثم استرد أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغي أن يحنث في قول أبي حنيفة ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي عندها صحت الإضافة بأن باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا إذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لا يحنث لما قلنا أن اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال أنها زائلة عنده وهذا الأصل على قول أبي حنيفة رح وأما عند محمد رح فاليمين منعقدة في المملوك على الإضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي إضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتفرع على هذا أنه لو طلق زوجته وعادى صديقه فاستحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروكة حنث وهذا ما نقله المص من الزيادات ووجهه ما حررناه في أصل أبي حنيفة من أنهما يقصدان بالهجر لأنفسهما لا لغيرهما فكانت الإضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها ووجودها وقت الفعل فيتعلق الحكم بالهجر بعينه كما في الإشارة فإن

قال وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي المعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه

اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فالاتفاق انه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سنذكر وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ما تقدم ايضا من ان الظاهر ان الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه واقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وان يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بما ذكرنا ان ما ذكره بالنهاية وغيرها من قول الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم يوجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر لها وقت الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك الحامل على اليمين معنى في المالك الملك لان هذه الاشياء لا تعادى لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى واجيب بان ابن سماعة ذكر في نوادره انه يحنث عند ابي حنيفة رح بهذا ووجه الظاهر العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار والظاهر انه ان كان منه اذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه ولا يخفى ان اعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله اصلا لهذه المسائل ليس بصالح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه او انه الاصل لصاحب المذهب هذا وروى ان هشاما اخبر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا او داره هذه او امرأته هذه او صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد رح وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك واحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر ولزم اعتبارها وسقوط الآخر فاذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتباره فتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان ممن يعادى لنفسه كما يعادى لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادى لنفسه لانه حر متعين اذ لا يعادى المملوك لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة اخرى لكن الواقع ان لها فائدة وهي افادة ان الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه لغيظ منه فيعتبر كل منهما لفائدته وقد رجح ابن العز قول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو اراد هجرانه لاجل سيده لم يحتج الى الاشارة فلما اشار اليه بقوله هذا علم ان مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد اظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى وما ذكر من ان لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر قد يدفع بان الاضافة تستقل بالفائدتين فانها ايضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما يفيد الآخر وجوابه ان الاشارة كما تفيد تعريف الذات يحصل بها التشخيص ايضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان وان كانت

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة فى الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل **فصل قال** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِنَ الدَّهْرِ وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجوده الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فيتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه

الاضافة تفيد ان سبب حجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث فى الايمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين الفقير لفقره لم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم تكن له نية اما لو نوى ان لا يدخلها ما دامت لفلان او لا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه فى الثاني ونوى محتمل كلامه فى الاول وروى شذوذا عن ابى يوسف فى دار فلان غيرها يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشئ وعنه ايضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لان المالك لا يستحدث فيها عادة فانها آخر ما يباع واول ما يشترى عادة فتقيدت اليمين بابقائه فى ملكه وقت الحلف اجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه ايضا ان اليمين تتقيد فى الكل القائم فى ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد منه من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفى قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان لتقييد اليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم فى الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفى بعض الشروح لا يتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التى تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغي ان ينعقد على الموجودة حال التزوج لا جرم ان فى التفاريق عن ابى يوسف ان تزوجت بنت فلان او امته انه على الموجود والحادث **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث بالاجماع لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى فى الطيلسان فصار كما لو اشار اليه اى الى صاحب الطيلسان بان قال لا اكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان ابدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور اسود لحمته وسداه صوف **قوله** ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان الحكم متعلق بالمشار اليه اذ الصفة فى الحاضر لغو والتقييد بالشيبية وارد عليه انه تقدم لو حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث مع ان الصفة فى الحاضر لغو فاجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعني ان الصفة تعتبر فى الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فيتقيد به بخلاف الشيبية هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفى الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري حلف لا يكلم صبيا او غلاما او شابا او كهلا فالكلام فى معرفة هؤلاء فى ثلث مواضع فى اللغة والشرع والعرف اما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاما الى تسع عشرة ومن تسع عشرة شاب الى اربع وثلثين ومن اربع وثلثين كهل الى احد وخمسين ومن احد وخمسين شيخ الى آخر عمره واما الشرع فالغلام من لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى وعن ابى يوسف ان من ثلاث وثلثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال الفقيه وروى قال ابو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلثين الى مائة سنة واكثر والشيخ من اربعين الى مائة وهذه روايات اخرى وانتشار والمعول عليه ما به الافتاء

فصل فى يمين من حلف لا يكلم حينا او زمانا لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل **قوله** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر فى النفي كلا يكلمه الحين او حينا والاثبات نحو لاصومن حينا او الحين او الزمان او زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان فان نوى مقدارا صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان القدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل فى كل ذلك ففى القليل قول نابغة الذبيانى

وكذلك الدهر عندهما وقال أبو حنيفة رح الدهر لا أدري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفا لهما أن دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وأبو حنيفة رح توقف في تقديره لأن اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه أياما

بيت كأني ساورتني ضئيلة من الرقش في أنيابها السم ناقع تناذرها الراقون من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع يريد أن السم تارة يخف ألمه وتارة يشتد وأما في الكثير فالمفسرون في هل أتى على الإنسان حين من الدهر إنه أربعون سنة وأما في المتوسط فقوله تعالى تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها وذلك ستة أشهر عن ابن عباس لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يصير رطبا ستة أشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة أشهر ولأن اليسير لا يقصد بالحلف وإلا لم يحلف لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين والمديد وهو أربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لأنه في معنى الأبد فمريده خارج عن العادة إذ لم يسمع من يقول لا أكلمه أربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين ونحوه تأبد فالظاهر أنه لم يرد أقل ما يطلق عليه الاسم من الزمان ولا الأبد ولا الأربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا والشافعي يصرفه إلى الأقل وهو ساعة وعرفت أنه لم يقصد وإلا ترك ذكره ويحصل بالخلاف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا أنه ثبت استعماله لستة أشهر والأربعين سنة ولأقل ما يطلق عليه بل إنه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو أجزاء الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وإن لم يكن مثله في خصوص المدة فينصرف إلى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا إن تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه أنه للأبد كالدهر والعمر وكذا صح الاستثناء منه فلو قال لا أكلمه الزمان إلا سنة صح وعهدية الستة أشهر إنما ثبتت في لفظ الحين وكون الزمان مثله إن أريد في الوضع فمسلم ولا يفيد لأن المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم التعين لخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا وإن أريد في الاستعمال فيحتاج إلى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين بخلاف لأصومن حينا أو زمانا كان له أن يعين أي ستة أشهر شاء وتقدم الفرق

قوله وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد يعني المنكر ينصرف إلى ستة أشهر إذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان فإن كان عمل به اتفاقا وقال أبو حنيفة رح الدهر لا أدري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازا عما ذكر الشيخ أبو المعين من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهرا والدهر والصحيح أن المعرف بالاتفاق يصرف إلى الأبد وإنما توقف في المنكر لأن استعمالاته لم تثبت على الأنحاء الثلاثة المديد والقصير والوسيط فلم يدر ما ذا يقدر وتقديره بالمتيقن وهو أقل ما يطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف وقيل إنه جاء في الحديث أن الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فإن الدهر هو الله فإذا قال لا أكلمه الدهر احتمل أن اليمين مؤبدة والمعنى والله لا أكلمه ذا الله فإنك علمت أن حرف القسم يحذف وينصب الاسم ويحتمل أنه أراد الظرف وهو الأبد كقول الشاعر هل الدهر إلا ليلة ونهارها وإلا طلوع الشمس ثم غيارها فالنكرة وإن كانت في الإثبات فهي للعموم أي كل طلوع وكل غروب إلخ وعرف أنها تستعمل في الإثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما أحضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف أيضا لأن الذي يراد به الله سبحانه هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره لنفسه رحمه الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم من قال لا أدري لما لم يدره فقد اقتدى في الفقه بالنعمان في الدهر والخنثى كذلك جوابه ومحل أطفال ووقت ختان والمراد بالأطفال أطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز فرع إذا قال لا أكلمه العمر فهو على الأبد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا أو عمرة قال في علي صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر إلا أن ينوي أقل أو أكثر **قوله** ولو حلف لا يكلمه أياما

فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للعهد وهو ما ذكرنا لانه يدور عليه

فهو على ثلثة ايام ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق فانه قال واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع اصح ووجه المصنف بقوله لانه اسم جمع اسم هو جمع معنى المنفرد لا يدري ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث كما يتناول اكثر منه لكن لا معنى للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة واورد ان حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف ابي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشئ اذ قوله الدهور الثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه انه ما هو نعم يلزم لكل عاقل نفي ان يريد به الله سبحانه لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع او قبله والجواب في الليل مثله في اليوم

قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رح وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثني عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا امكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر او هي للعهد ايضا فيها فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المصنف لانه لا معهود دونه اي دون العمر وحاصله انه استغراق سني العمر وجمعه وله انه جمع معرف باللام فينصرف الى اقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميز العدد وقبله فانه يقال ثلثة ايام فيكون لفظ ايام مرادا بها الثلاث بيقين وكذا اربعة ايام وخمسة ايام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تع وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطا امما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع وان اريد به يقينا ما زيد على العشرة لكنه لوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث يصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود ممن استعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شائعا ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه وبخلاف ما اذا لم يقع مميز العدد ونحو وتلك الايام نداولها بين الناس حيث اريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر ان يراد باللام ذلك لكن المقدر انه حيث امكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والغرض ان الحالف لم يرد شيئا بعينه

الشهر

ولد انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده فى الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه

قالوا يجب ان ينصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر اقصى المعهود وان كان ما دونه معهودا ايضا لانه لا شك انه عهد استعماله مميزا فى العشرة عند فيما دونها لاستغراق اللام فلما كان الاستغراق الذى يحكم به عند عدم العهد انما يثبت لان دخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى يصرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهذا ايضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التى اولها ثلثة واقصاها عشرة ولا معين كانت الاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ما اورده ابن العز من قوله وهذا اى كون اقصى ما يراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد وانما لم يذكر المسمى الزائد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك الايام وان عدة الشهور فقال وليس فى قول الحالف لا اكلمه الشهور اسم العدد فلا يصح ان يقال انه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذا كلمه الايام هذا انما قلنا انه اندفع لانك علمت ان المقصود التعيين لما عهد مرادا بلفظ الجمع على وجه الاستغراق ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شئ بعينه وكون لفظ اريد به غيره ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفى احديته فى غيره واما مناقشة الخبازى حيث قال الخبازى اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتى الاطلاق واقترانه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشئ فى جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له فى حال دون حال فليست لشئ فانه دفع كلامه هذا بقوله كانه لم يبلغ الفرق بين الجمع واسم الجمع فانه اذا قال العشرة وما دونها حقيقة فى حالين ولما فوقها فى حالة واحدة وانما قالوا هذا فى بعض اسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما فى رهط وذود ونفر الخ ولم يعلم ان الاضافة فى قول الخبازى اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذى هو الجمع ومثل هذا فى عبارات جميع اهل الفنون اكثر واشهر من ان يخفى على ناظر فى العلم فحاصل كلام الخبازى ان الجمع فى العشرة فما دونها اثبت منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به فى حالتين والثانى فى حالة يعنى فكان الحمل على ما عهد له فى الحالتين عند عدم المعين لازما وحقيقة ما ذكرناه فى مبدا التقرير شرح له والله الموفق نعم لقائل ان يرجح قولهما فى الايام والشهور بان عهديتها اعهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعنى الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض فى خصوص مادة من الجمع كالايام عهدية عهد غيره كان اعتبار هذا المعهود اولى وقد عهد فى الايام السبعة وفى الشهور الاثنى عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما اولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد فى مادتها عهد آخر فينصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة المسماة بيوم السبت ويوم الاحد الخ والكلام فى لفظ ايام اذا اطلق هل عهد منه تلك الازمنة الخاصة السبعة لا شك فى عدم ثبوته فى الاستعمال اذ لم يثبت كثرة اطلاق لفظ ايام وشهور ويراد يوم السبت والاحد الى الجمعة والمحرم وصفر الى آخرها فى الخصوص بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالعدد السبعة بحسب المرادات للمتكلمين فالجواب منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد فى لفظ النكرة بل اعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ اولا عنه فانه اذا صار المعنى معهودا باى طريق فرض ثم اطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكرى وعلمى وذكر [illegible] ما يقع فى الشارح دون الخارج الغائب المعهود لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعلهما طائفة من المتاخرين بالعهد الخارجى

ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام
وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

اعم مما تقدم ذكره او عهد بغيره كما ذكرنا ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا عهد مستمرا ثم ليطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها فيتقيد بها المعهود فيها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالله قوله ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام على اليقين على ما تقدم وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقد يقال قدم في قصار الغوايت ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان نظر الى الكثرة بهذا المعنى بهنا ان لا يحنث الا بثمانية ايام وانما لم ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في الستة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة ان لا نية للقائل في مقدار الكثير ففرع كل على اصله ثم قال ابو اليسر اما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل يصرف الى ايام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اگر خدمت كني مرا روزهاى بسيار تو آزاد اذا خدم سبعة ايام لعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال ابو حنيفة في انتهاء الايام الى العشرة وهذا حسن والله اعلم فروع قال اول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند راس الشهر او عند الهلال او اذا اهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي فيها ويومها وان نوى الساعة التي اهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وتغليظ عليه ولو قال اول الشهر ولا نية فله من اليوم الاول الى خامس عشر وان قال آخر الشهر فمن سادس عشر الخ او غرة الشهر فالليلة الاولى واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة او سلخ الشهر فالتاسع والعشرون وان قال صلوة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس من حين تبدو الى ان تبيض وان قال وقت الضحوة فمن حين تبيض الى ان تزول فغي اي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم ان المساء مساآن لو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد رح ان كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام ثم قال ابو الليث قال محمد رح ليس عندنا شيء في معرفة الصيف والشتاء انما ترجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا باجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك فيعتبر العرف في هذه المسائل وفي الواقعات والمختار انه اذا كان الحالف في بلد لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخره ما يستغني الناس فيه عنهما والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى اول الصيف والخريف من آخر الصيف الى اول الشتاء لان عند الناس قيل اذا كان على الاشجار اوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها اوراق فالشتاء واذا خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج اراد وقت وقوعه فعلى ذلك فهو الشهر الذي يقال له بالفارسية آذر فان لم يكن له نية او نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر بالقليل الذي لا يستبين على وجه الارض ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلدته حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تابدت اليمين ولو قال الى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر وان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من رمضان وبه اخذ الفقيه ابو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا وان كان حلف في اثناء الشهر لا يحنث حتى يجيء

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رحمه الله ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

حتى يجيء مثلها من رمضان القابل وعند ابي حنيفة رحمه الله حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على انها في رمضان عند الكل لكنه يقول تتقدم وتتاخر وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتاخر لكن التعريف

باب اليمين في العتق والطلاق لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعدما تقدم قدمه على ما بعده **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا علق به عتق امته لان بولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى انقضى به العدة ويصير به نفساء اذا رأت الدم فتحرم الصلوة عليها وتصير به الامة ام ولد وفي الحديث من رواية ابي عبيد عن عمر انه قال في السقط يظل محبنطئا في باب الجنة حتى يدخل ابواه الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ اي ينتفخ بطنه من الاستلاء من الغضب وبلا همز وهو المتغضب المستبطئ للشيء والفعل منها احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا ومن هذا يوخذ ان السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو اسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت الامة لانه ولد حتى صارت الامة به ام ولد ولو لم يستبن شيء من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه آنفا لكن ليس محلا للعتق فتنحل اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت فانت طالق فابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة رحمه الله ان الشرط ليس الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الناجز وهو الحرية لا يكون الا في الحي فتقيد الموصوف بالشرط بالحيوة والا لغى الكلام فكانه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق للام وحريتها لانه لا يصلح مقيدا للولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به واورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره ثم عبدا لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية العبد لنفسه واجيب بان المشتري لغيره محل الاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار المالك فيه واما الميت فلا يصح ايجاب العتق به لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من ان قوله ان دخلت فانت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو ابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت فلم يقع بعده ولم يضمر قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فانت طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال اول عبد دخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم عبد حي يعتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح انه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال اول عبد املكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره

حر فاشترى عبدا عتق لأن الأول اسم لفرد سابق وهذا كذلك فإن اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم
لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية وإن قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لأنه
يراد به التفرد في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات
لم يعتق لأن الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية
ويعتق يوم اشتراه عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لأن الآخرية لا تثبت
إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموت معرّف فأما اتصافه
بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به وفائدته تظهر في جريان الإرث وعدمه

الفرد شيخ المرغيناني قوله وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لأن الأول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق
فإن اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية فيه
ولو قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة فيتقيد عامله وهو
الشراء بها فيفيد أن الشراء في حال انفراد المشترى وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال أول عبد أملكه واحدا
لا يعتق الثالث لأن واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لأن الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لأن كلا من الأولين كذلك
لأنه أول منفرد فإنه في ذاته فرد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولا بهذا المعنى ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى
يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فيكون بمنزلة وحده فيعتق لأنه المنفرد في تعلق الفعل
بخلاف الأولين فلا يعتق بالشك وقيل لأنه يحتمل أن يكون حالا من العبد وأن يكون حالا من المالك أي حال كوني منفردا فلا يعتق
بالشك وإليه أشار شمس الأئمة قاضي خان قوله وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لأن الآخر فرد لاحق والفرض
أنه لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق ولم يعتق وهذه المسألة مع التي تقدمت تحقق أن المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق
بالفعل وفي الأولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه وإلا لم يعتق المشترى في قوله أول عبد أشتريه فهو حر إذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا
ثم عبدا أي قال آخر عبد أشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لأنه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال أبو حنيفة يعتق
من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال إن كان اشتراه في الصحة وإلا فمن الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث
سواء اشتراه في الصحة أو المرض وجه قولهما أن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده إلى الموت فصار كأنه قال إن لم أشتر بعدك آخر فأنت حر ولو
كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا إذا كان معناه ثابتا ولأبي حنيفة رح أن الموت معرف للشرط فليس بشرط وإنما الشرط اتصافه بالآخرية وهذه
الصفة حصلت له من وقت الشراء إلا أن هذه الصفة بالنسبة للزوال بأن يشتري بعده غيره فإذا مات ولم يشتر تبين أنه كان آخرا من وقت الشراء فتبين أنه عتق
من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته إن حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتى يمتد ثلاثة أيام فإذا امتد ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث
ظهر أن ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية إنما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لا يتحقق إلا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم شراء بل أمرا آخر يتحقق
ظهوره بالموت فلا يقع عنده مقتصرا إلا لو كان هو نفس الشرط فإذا كان المظهر المتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف إذا قال آخر امرأة أتزوجها
طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات تقع عندهما مقتصرا على الموت وعنده مستندا وفائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الإرث وعدمه فعنده لا ترث
لأنه يجعل كأنه حين تطلق طلاقا في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد إن كان دخل بها وكذا إن لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد
وأبي يوسف حرمة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لأنها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول
ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول ولا يعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله إن لم أتزوج عليك فإنه إذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لأنه صرح بكون الشرط عدم التزوج وهو
لا يتحقق إلا بآخر جزء من حياته آخر جزء من العدم فجعل شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط لأنه إذا لم يتم أجزاء الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الآخرية فإنها
تتحقق بالشراء آخرا كما ذكرنا ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم أخرى ثم طلق الأولى وتزوجها ثم مات لم تطلق التي تزوجها مرة لأن التي تزوجها

ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الأول لأن البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا إنما يتحقق من الأول وإن بشروه معا عتقوا لأنها تحققت من الكل ولو قال إن اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لأن الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فأما الشراء فشرطه وإن اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما أن الشراء شرط العتق فأما العلة فهي القرابة وهذا لأن الشراء إثبات الملك والإعتاق إزالته وبينهما منافاة ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء إعتاقا لأنه لا يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فأرواه

اتصفت بالأولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبد أضربه فضرب عبدا ثم آخر ثم أعاد الضرب على الأول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا المعاد عليه

قوله ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين أي متعاقبين عتق الأول منهم فقط لأن البشارة إنما تحققت منه لأنها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف وأما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا أو ضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب أليم ولكن إذا وقع بما يكره قرن بذكر به الوعيد كما في الآية المذكورة فلو ادعي أنه في اللغة أيضا خاص بالمحبوب وما ورد في المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فإنها تفيد أن لذلك الخبر أثرا في البشرة ولا شك أن الإخبار بما يخافه الإنسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب إلا أن على العرف بناء الأيمان فإن بشروه معا عتقوا لأن البشارة تحققت من الكل قال تعالى فبشروه بغلام عليم فنسبها إلى جماعة فحقيقة تتحقق بالأولية من فرد وأكثر وأصله ما روي أنه عليه السلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عليه السلام من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد وابتدر إليه أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بالبشارة فسبق أبو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول متى ذكر بشرني أبو بكر وأخبرني عمر ولو كان مكان البشارة إخبارا بأن قال أخبرني والباقي بحاله عتق الكل ثم إن عدي بالباء بأن قال إن أخبرتني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لإفادتها إلصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى أنها إنما يتصور لصوقها الإخبار بنفسه يعني بنفس الفرد لفظا وهو الواقع في الكذب في اشتراط الصدق بناء على أن تحقق الإلصاق إنما يكون بإلصاق الإخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال إن أخبرني فلانا قدم عتق كل من أخبره صدقا أو كذبا وقد أورد على اشتراط الصدق في البشارة أن تغير البشرة كما يحصل بالإخبار البشارة صدقا كذلك يحصل كذبا وأجيب بما ليس يفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف

قوله ولو قال إن اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لأن وقوعه كفارة يحتاج إلى نية الكفارة وهذه النية تشترط قرانها لعلة العتق وهي اليمين وهذا تساهل فإن علة العتق هو قوله هو حر جزء اليمين فإن اليمين هو مجموع التركيب التعليقي وإذا كان الشرط ذلك والفرض أنه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها فهذا لأن العتق وإن كان ينزل عند وجود الشرط لكنه إنما ينزل بقوله أنت حر السابق فإنه العلة أما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لأن النية شرط متقدم لا متأخر وإنما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده إذا اشتريته فهو حر من كفارة يميني فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم أشتريه يريد عن كفارتي وأورد عليه أن الجزاء المعلق إنما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغي أن يقع عنها لقران النية بالعلة والجواب أنه لما كان قبل الشرط بعرضية أن يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الأهلية عنده اتفاقا ولو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر أصلا فكذا يجب أن تعتبر النية عنده

قوله وإن اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا لأن العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا شراء القريب لأنها التي ظهرت أثرها في وجوب الصلة كالنفقة وهي المؤثرة في العتق وإنما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والإرث وأما أن يكون الشراء نفس العلة فلا لأنه لإثبات الملك والعتق لإزالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا أن شراء القريب إعتاق لما روى الستة إلا البخاري كلهم من حديث سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه

ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسريها لم تعتق بهذه اليمين خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا

عنه عم انه قال لن يجزى ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا للاجماع على انه لا يحتاج الى اثبات عتقه على اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك ان القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من ان المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه فالترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سهى فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينا في قول وجه زفر وغيره وقد ثبت ان الملك ايضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمة وذلك ان في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة ولمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير ان الشراء علة العلة اي علة جزء العلة اي ولما كان الشراء الاختياري اضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء انه يشتريه عن كفارته صح بخلاف اذا ملك الاب وغيره بالارث فان يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متاخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له او اوصى له به او تصدق به عليه فنوى عند القبول ان يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا في السبب وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة واما المنافات التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ وقولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك وملك القريب علة العتق فالاضافة اليه اضافة الى علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء اولا وبالذات وكان الاليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة **قوله** ولو اشترى ام ولده لم يجزه عن الكفارة وان نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة ان يكون تزوج امة لغيره فاولدها بالنكاح ثم يقول لها اذا اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط وهو الشراء ولا تجزيه عن الكفارة وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء ام الولد والا فالحاصل ان عتق ام الولد عن الكفارة لا يجزي معلقا ولا منجزا والفرق بين الشرائين مع ان الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد ان ام الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال عم اعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه ولم يكن عتقها بالشراء او تنجيز اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء عتق من وجه بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب **قوله** ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة اعلم ان التسري هنا تفعل من السر وهو اتخاذ السرية والسرية ان كانت من السرور فانها تسر بهذه الحالة وتسر مولاها او من السر والسيادة فضم سينها على الاصل وان كانت من السر بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى على الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قال دهري بالضم في النسبة الى الدهر وفي النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسري قيل التسري بابدال الراء الاخير لما والفتاح ما قبلها وان اعتبر التسرر قيل تسرر وكان القياس ان لا يقال الا التسري في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه اصل السرية وهو السرور او السر فاستعمل مرتين بابدال الياء راء وخصت لانها هي الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة لا نجد

ولنا ان الملك يثبت مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا

في كتاب الله تعالى الا النكاح والاستسرار والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد الف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند ابي حنيفة ومحمد ان يحصن امته ويعدها للجماع افضى اليها بمائه او عزل عنها وعند ابي يوسف ونقل عن الشافعي رح ان لا يعزل مائه مع ذلك فعرف انه لو وطئ امة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا ان مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور او ما يرجع الى الجماع او غير ذلك لا يقتضي الانزال فيها لان الجماع والسرور واليسارة كل منها يتحقق دونه فاخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد دائما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير ان تلد له اذا عرف هذا فاعلم انه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدوري في التجريد عن ابي حنيفة ومحمد رح ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا يعتق عندنا ولا عند احد من الائمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد رح وقال زفر يعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكانه قال ان ملكت امة فتسريتها فهي حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد ولنا انه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه الثاني باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق فان حقيقته ليس الا اعداد انه حصنها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد او مقارنا وهذا القدر لا يستلزم احضاره عند التكلم اصلا فضلا عن حضوره ثم تقديره مرادا لانه ليس لازما بينا له لمدلول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها لتعقل ما هو ملزومها في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت امة وتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط الملك غير ان الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدي حر بل لاقتضاء شرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده اما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسرى بها لاحتياجه على امر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك او سببه ولهذا اثبت الملك ههنا لضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة امر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه لا تطلق الآخرين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد ان تزوج بها لما ذكرنا من ان شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبرا لفظا وان لم يكن مدلولا التزاميا لتصحيح الجزاء فيما اذا علم ان غرض اليمين المحل فانه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدر ابو حنيفة رح لفظ حيا

ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلابد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا

في قوله ان لدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء العلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفها عليها وفيما ليس كذلك بل نعرف ان الغرض منع الشرط لمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسري من هذا القبيل وقد يشكل ههنا فقيل ان فرد لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله اعتق عبدك عني بالف انه يعتق عن المامور فكيف خالف هذا وحكم باعتباره وتقديره واجيب بانه لا يلزمنا اصطلاحه له فان هنا قضية لا تقرنا ومنهم من اجاب بانه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسري واعترض بان الدلالة لابد فيها من صورة اصل وفرع وعلة حتى قيل هي قياس غير انه لا يفتقر الى اهلية الاجتهاد في فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى دلالة الالتزام وان لم يرضه هذا والتحقيق ان ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطأ او شرعا مثل اعتق عبدك عني وقول القائل تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج في تصحيحه الى التقدير ازالة للخطأ او تصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه في ان اكلت بل الحق انه في اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الخ لا الاعداد الاعم منها ومن الحرة فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة قوله ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اي اضافة الملك الكامل في هؤلاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون فدخل الاماء والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم الا للفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه لتعميم مملوك وهو المذكور وانما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة يعني اذا عمم مملوكه بادخال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكر كالمسلمين والواو في فعلوا على انه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم انو المدبرين في رواية يصدق ديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق ديانة ولا قضاء قوله ولا يعتق مكاتبوه يعني بقوله كل مملوك لي حر وكذا معتق البعض عند ابي حنيفة رح لان الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبر فاختلف اضافة الملك اليهم فلابد من ان ينويهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغي لو قال كل مرقوق لي حر ان يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا تعتق ام الولد الا بالنية قوله ومن قال لنسوة هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاحد المذكورين وقد ادخلها بين اوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة منهما والعطف يشرك في حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف في التعيين فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشترى او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوى ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده

هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير ويتخير في الاوليين لما بينا ومثله لو قال لفلان على الف او لفلان وفلان كان نصف الالف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الاوليين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه او هذه يصح على هذه الثانية وح لا يلزم الطلاق في الثالثة لان الترديد بين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان كذلك والله اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

ولما كان الايمان على هذه التصرفات اكثر منها على الصلوة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل ان كل باب عقده فوقوعه اقل مما قبله واكثر مما بعده واعلم ان الاصل عندنا ان كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر يستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المامور لوجوده من المامور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشترى ولا يؤجر ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستتاب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول ادعى لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر اصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شئ من هذه بفعل المامور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المامور كما يحنث بفعله بنفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به او لا يطلق او لا يعتق بمال او بلا مال او لا يكاتب او لا يهب او لا يتصدق او لا يوصى او لا يستقرض او لا يصالح عن دم العمد او لا يودع او لا يقبل الوديعة او لا يعير او لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المامور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابة وخياطة الثوب وبناء الدار **قوله** ومن حلف لا يبيع او لا يشترى او لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد من العاقد لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن او المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين الموجرة والاجرة ولهذا لو كان العاقد بطريق الوكالة في هذه هو الحالف لا يبيع الخ يحنث في يمينه لصدق انه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعى في الاظهر وعند مالك واحمد يحنث لان بالامر يصير كانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق راسه فامر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما الثابت له حكم العقد الذي هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاعلى بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بان كان ممن يقدر على ذلك ويفعله وقوله الا ان ينوى ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعني فاذا نوى البيع بنفسه او وكيله يحنث ببيع الوكيل او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث لوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما باشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث ايضا لانعقاد على الاعم من فعله بنفسه

ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى

ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت ان لا اولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

او ماموره ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل اخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كائنا من كان كحلفه لا يبني ولا يطين انعقد كذلك **قوله** ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث يعني اذا فعله الوكيل وهو قول مالك واحمد ووجه للشافعية واكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الآمر مجازا ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما يفعل المامور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وانتم تابونه قلنا لم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغني عن اضافته الى موكله كانه ناقل عبارة للموكل فانصرفت العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به الا ترى انه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر او حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم احكام هذه العقود نظرا الى الغرض وهو اعم مما يلزم بمباشرته او مباشرة ماموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلعها وقال انت طالق باين حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند ابي يوسف لان الايلاء طلاق موجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عنينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان ولو زوجه فضولي فاجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندي لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يكون جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين او قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل او اعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه **قوله** ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره فلملكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به ثم منفعته راجعة الى الآمر على الخصوص وهو ما يحصل من ادبه وانزجاره فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المامور وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازا اما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به ولو قال عنيت ان لا الى ذلك بنفسي دين في القضا بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا التكلم بكلام شرعي توجب اثرا شرعيا في المحل وهو الفرقة والامر بذلك مثل المتكلم به لان المامور به كالرسول ولسان الرسول لسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي من حيث انه متكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهي الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده اثر شرعي فالحالف على تركه حلف على ان لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى اعم من ان يتحقق بمباشرته او مباشرة المامور فنيته احدهما خلاف الظاهر اما الذبح والضرب ففعل حسي لا يتوقف تحقق اثره على الامر لان الضرب يثبت مع اثره من الفاعل بلا اذن

ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التادب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الايتمار بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

فنسبة الفعل الى الامر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى ان لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول اسبابا شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن فيها اثر نقلها الى الحالف قالوا وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق في الفصلين وهو قول الشافعي والحق ان الفرق ثابت ولكن تاثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق اثره بلا اذن والقول لا يتحقق اثره الشرعي الا باذن لا يحرم عنده بلزوم الفرق المذكور **قوله** ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد المضروب وهي التادب والتثقف اي التقوم وترك الاعوجاج في الدين والمروة والاخلاق فلم ينسب فعل المامور الى الآمر وان كان يرجع الى الاب ايضا لكن اصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا موجب للنقل واما في عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامي لولده غدا اسبقك علقة ثم يذكر لمودب الولد ان يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه ان ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحنث بفعل المامور

قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب الخ لا شك انه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد اما على جعل المخاطب مشتريا له فيها فاللام للاختصاص واما على جعلها فيها للتعليل اي بعته لاجلك فهي في الفصل تفيد الاختصاص على ما ذكر ولكن الوجه الظاهر في الاستعمال انه اذا وليت لام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل ووجه افادتها الاختصاص انها تصنيف متعلقها المدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كان المخاطب اي فيفيد ان المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد انه لا اتفاد له الا بتعلقه الا من جهته وذلك بكون بامره واذا باع بامره كان بيعه اياه من اجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه الا بيعه من اجله فاذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من اجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم بامره ويلزم من هذا كونه هذا لا يكون الا في الافعال التي تجري فيها النيابة كالصباغة نحو ان صبغت لك خاتما وكذا ان خطت لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان باذنه او بغير اذنه لان المحلوف عليه يوجد من امره وعدم امره وهو بيع ثوب مختص للمخاطب لان اللام هنا اقرب الى الاسم الذي هو الثوب منه الى الفعل والقرب من اسباب الترجيح فيوجب اضافتها الثوب الى مدخولها على ما سبق مثله ما لو وليت فعلا لا تجري فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان اكلت طعاما او طعاما لك او شربت لك شرابا او شرابا لك او ضربت لك غلاما او غلاما لك او دخلت لك دارا او دارا لك فانه يحنث بدخول دار تختص بالمخاطب اي تنسب اليه واكل طعام يملكه سواء كان بامره او بعلمه او دونهما ثم ذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والدلالة فكان كالاجارة قال تع فبشروه بغلام عليم وقال قاضي خان المراد به العبد المعروف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك **قوله** ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والغرض ان الملك فيه قائم لان خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع فينزل الجزاء لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بان كان غصبا

وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا

ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قيل وهذه تدل على ان المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك الشرعي ثبوتا من المشروع الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن ان يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم يزل العتق لانه بعده ولم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وعلى هذا ان المعلول عقيب العلة كما هو رأي المصنف وعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق **قوله** وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعني للمشتري يعتق ايضا اما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا لانه غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه اما على قولهما فظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار واعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق ويثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا وكذا هذا واورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول ابي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبده حر فتزوج نكاحا فاسدا مع ان كلا منهما لا يفيد الملك واجيب بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف اذا كان فاسدا فلا يحكم بانه الشرط الا اذا صح ويمكن ان يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليق السابق عتق من يشتريه فانه يلزم ان ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح واورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عنده الخيار والحكم يتقدمه يلغو والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغو واجيب لما امكن ان يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والاجازان تفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشترى اباه بشرط الخيار لا يعتق الا ان تمضي المدة عند ابي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلمه بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك بالشراء اما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر تدبيرا مطلقا طلقت لان الشرط وهو عدم بيعه قد تحقق لوقوع الياس عنه لفوات المحلية بالعتق والتدبير فصار كما لو علق طلاقها بعدم مجيء اوبات العبد فانها تطلق لوقوع الياس واورد عليه منع وقوع الياس في العتق مطلقا بل في العبد اما في الامة فيجوز ان ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيبيعها وفي التدبير مطلقا لجواز ان يقضي القاضي ببيع المدبر فانه حينئذ يبيعه

واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رحمه الله انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قال ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهرق دما وفي القياس لا يلزمه شئ لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رضـ ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شئ عليه لان التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف

من المشائخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لان هذا فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا يعتبر ولان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك واجيب ايضا عن المدبر فان بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيتعين ولا فرق بين كون العبد ذميا او مسلما ويجري اختلاف المشائخ فيه والتصحيح

قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء فتطلق في وهي مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكر وعن ابي يوسف في شروح الجامع الصغير انها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشائخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السوال فكانه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة لان غرضه ارضاؤها ولا ايحاشها وجه ظاهر الرواية ان اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرضه ارضاؤها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما احل الله له فكان محتمل الكل من الامرين فالحكم بمعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه ان يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتديا تحرزا عن الالغاء فروع قال لي اليك حاجة اتقضيها فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي ان تطلق زوجتك ثلاثا فالاولى ان لا يصدقه لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يامره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان مما يدل على قصده الى ذلك عند ابي حنيفة على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو اجازه بالقول قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال عبده حر ان كان اراياني دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما ان الاثنين رأياه دخل ادعت انها امرأته فحلف بطلاق زوجة اخرى له ما هي امرأته فاقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث حلف ما له على شئ فشهدا ان له عليه الفا وقضى بها القاضي يحنث في قول ابي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند ابي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا انه اقرضه الفا والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما حلف بطلاق ولا يدري حلف بواحدة او اكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه ياخذ بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة او زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احدهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احدهما خير في ايقاعه على ايهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فامرت زوجها ان يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج ان يصدقها لانها صارت متهمة حلف ان لا يجامع امرأته الف مرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما يعتبران وقت التكلم والله اعلم

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فترجح في نفسها فيقتضي ذلك ان تتقدم الا ان يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم قوله ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة

ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت بالاتصال وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا

وكذا علي المشي الى مكة او بكة بالباء فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد ان وجوب احد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار انه مدلول اللفظ والا لغا لانه لا يلزم المشي الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لحصوله والحق ان يقال ليس باعتبار انه مدلول اللفظ لان الواقع ان مدلول المشي ليس هو الحج او العمرة بل ولا يستلزمه لجواز ان يمشي الى البيت ولا يفعل نسكا اما ابتداء معصية واما بان يقصد مكانا في الحل داخل المواقيت ليس غير فاذا وصل اليه صار حكمه حكم اهله وله بعد ذلك ان يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز ان يكون في البيت ويوجب المشي اليه مرة اخرى فيلزمه اذا خرج ان يعود كما لو كان في بيت فقال والله لادخلن هذا البيت فان عليه ان يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم لذلك مجازا باعتبار انه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز ان يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو ان الذهاب الى هناك يكون لقصد الاحرام لما عرف من القائل الالفاظ وهي ما اذا نذر الذهاب الى مكة كان قال علي الذهاب او لله علي الذهاب الى مكة او السفر اليها او الركوب اليها او المسير او المضي انه لا يلزمه شيء مع امكان ان يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب احد النسكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال علي حجة او عمرة والا فالقياس كما ذكره المص ان لا يجب بهذا شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهي المشي ولا مقصودة في الاصل ولو قيل بل هي واجبة فان المكي اذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشيا اجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب ان يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلوة والمشي المذكور وكذا السعي الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويقدر على المشي الا انه قد يجب عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا ان يراد من جنس المشي الى مكة هو واورد ان الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب اجيب بان شرطه الصوم ومن جنسه واجب توجيها ان ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا خفاء في بعده وان وجوب الصوم وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن في صحته وجوب التبرع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع المشروط وان استدل بالاجماع او النص المتقدم في حديث نذر عمر رض الاعتكاف في الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه من ظاهره لانهم والشافعي لا يصححون نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من جنسه واذا تعارفوه للايجاب صار كقوله علي زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو اراد بيت الله لبعض المساجد لم يلزمه شيء وكذا لا يلزمه بقوله علي المشي الى بيت المقدس او مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شيء واورد انه اذا كان كقوله علي حجة او عمرة ينبغي ان لا يلزمه المشي لانه لو قال علي الحج لا يلزمه والجواب ان الحق ان التقدير علي حجة او عمرة ماشيا لان المشي لم يهدر اعتباره شرعا فانه روي عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى البيت فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تركب وتهدي هديا وتهدي هديا رواه ابوداود وغيره وسنده حجة واما في صحيح مسلم انه قال لتمش ولتركب فمحمول على ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني ان محل الاشكال جواز ركوبها ولو اهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له ان يفرق ويتصدق بل او فرق لزم استينافه فاقتصر الراوي على ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر او محمول على حالة

ومن قال لعبده ان لم احج العام فانت حر فقال حججت وشهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب بها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا

الجهد فان في بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلا طويلا وفروعا جمة وان الراجح ان يلزمه بمشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني الخلاف فيما اذا لم يحرم منه هل يلزمه المشي منه او من حيث يحرم فيه من الميقات اما لو احرم من بيته لزمه المشي عنه بالاتفاق واعلم ان في بعض طرق حديث عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم عملوا باطلاق الهدي في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين واخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة ان ينذر الرجل ان يحج ماشيا فمن نذر ان يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصنف رح ذكر هذا المذهب عن علي رض والمروي عن علي من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي رض في الرجل يحلف على المشي قال يمشي فان عجز ركب واهدى بدنة رواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب واهدى جزورا واخرج نحوه عن ابن عمر رض وابن عباس رض وقتادة والحسن واما ورود البدنة في خصوص من حديث اخت عقبة بن عامر فاسنده ابو يعلى في مسنده زهير حدثنا احمد بن عبد الوارث ثنا همام ثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج ماشيا فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني عن نذر اختك لتركب ولتهد بدنة فاما اذا كان الناذر بمكة واراد ان يجعل الاحد الذي لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان اراد اسقاطه بعمرة فعليه ان يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في انه يلزمه المشي في ذهابه الى الحل او لا يلزمه الا بعد رجوعه عنه محرما والوجه يقتضي انه يلزمه المشي لما قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام فيحرم منه اعني المواقيت في الاصح لما قدمنا عن ابي حنيفة لو ان بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي ان احج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشي من بغداد ولو قال علي السفر الى بيت الله فقد علمت انه لا يلزمه شيء مع اخواته ومثله الشد والهرولة والسعي الى مكة وكذا على المشي الى استار الكعبة او باب الكعبة او ميزابها او اسطوانة البيت او الصفا والمروة والى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شيء واختلفوا فيما اذا قال لله على المشي الى الحرام او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رض لا يلزمه شيء وقال صاحباه يلزمه احد النسكين والوجه في ذلك ان يحمل على انه تعورف بعد ابي حنيفة رح ايجاب النسك بهما وفاقا لانه كما تعورف بالمشي الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكر لهما متضائل وهو ان الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله على المشي الى الكعبة لزمه فكذا الزم المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عليه فيه وليس عين المشي الى الحرم عليه وهو وجه ابي حنيفة **قوله** ومن قال لعبدي حر ان لم احج العام فقال بعد القضاء انه حججت واقام العبد شاهدين على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند ابي حنيفة وابو يوسف ولم يذكر قول ابو يوسف مع ابي حنيفة في شرح الجامع الصغير قال صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه ابو الليث في مختصر الجامع الصغير

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب

ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى اخر اليوم واليوم صريح في تقديره المديد

وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر مشاهد وهو التضحية وكيف لا يقبل ومن ضرورته انتفاء الحج وذلك العام فيتحقق الشرط فيعتق ولهما انها قامت على النفي معنى لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعي وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها ولا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم انها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به اجاب المصنف بقوله غاية الامر ان هذا النفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تميز بين نفي ونفي في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح تيسيرا ودفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحر وان كان وجوديا وينفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها واما ما في المبسوط من ان الشهادة على النفي فقبل في الشرط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه ونحن فيه من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به فقول محمد رح اوجه

قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط وهو الصوم الشرعي اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار الشرط ولان مجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا انزل ابراهيم عم ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلوة ولذا قال فيمن حلف لا يصلي انه قام وقرا وركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لا يدخل في الوجود تمام حقيقتها قوله ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم ساعة بل باتمام اليوم اما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله على صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال على صلوة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي ان لا يحنث في الاول الا بيوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر اثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال فقد اورد عليه

ولو حلف لا يصلي فقام وقرء وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني

مالو قال لامرأته ان لم تصومي هذا اليوم وكان بعد ان اكلت او بعد الزوال او قال لامرأته ان لم تصلي اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع انه مقرون بذكر اليوم ولا كمال واجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلوة من الحائض لان درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة الا انها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط ادائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم اصلا فلا يتصور بوجه وهاتان المسئلتان انما يصلحان مبكتتين لا مورد تين لان كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي اسماء الاجناس والا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسئلتان مشكلتان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلوة الشرعيين اما على قول ابي يوسف فظاهر انهما ينعقدان ثم يحنث واعلم ان التمرتاشي ذكر انه لو حلف انه لا يصوم فهذا على الجائز لانه لتعظيم الله وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره اشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم افطر من يومه لكن مسئلة الكتاب اصح لانها نص محمد في الجامع الصغير **قوله** ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن افعال مختلفة فما لم يأت بها لا يسمى صلوة يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لان ما بعد صوم ساعة تكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلوة ركعة يعني لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المص فان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي حلف لا يصلي يقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي اي حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلوة الماضية يراد بها الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا ان يراد بالفاسدة ان يكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف ليصلين اليوم فصلى صلوة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلوة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث ولا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين اصلي وبين لا اصلي صلوة حيث يحنث بركعة فقال وفي صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلوة لكن كون المفعول صلوة وذلك يحصل بالركعة الا انه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلوة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر في حكم نقيب الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا ان المراد من الفاسدة هي التي لم توصف منها شيء بوصف الصحة في وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك ايضا واورد ان من اركان الصلوة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب ان لا يحنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من السجدة وهذا اولى مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشائخ والحق انه

ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدى فاشترى قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدى عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها

يتفرع على الخلاف بين ابو يوسف ومحمد في ذلك وعرفت المسئلة في سجود السهو ولا وجه ان لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق ان الاركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وانما وجبت للختم فلا يعتبر ركنا في حق الحنث **قوله** ولو حلف لا يصلي صلوة لم يحنث ما لم يصل ركعتين لانها الصلوة المعتبرة شرعا صلوة ركعتين للنهي عن البتيراء نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه ما في المسئلة الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف فقال بعض المتاخرين تبين بهذه ان المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فان المذكور عن ابي يوسف حلف لا يصلي ركعة وصلى الركعة حقيقة دون مجرد الصلوة لا يتحقق الا بضم اخرى اليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تانيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلوة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلوة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلوة الصبح او ركعتي الفجر ينبغي ان لا يحنث حتى يقعد فرع حلف لا يؤم احدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت ان لا اؤم احدا صدق ديانة لا قضاء الا ان اشهد اني انما اصلي النفس وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى ان يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط الجماعة وقد وجدت وحنث قضاء لا ديانة وينبغي اذا ام في صلوة الجنازة ان يكون كالاول ان اشهد صدق فيها والا ففي الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلوة يريد في جماعة صحت نيته لانها ناقصة والمطلق ينصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية في هذا بخلاف ما اذا صلى الظهر في السفر ثم قاله يعني ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفي ما اخرت صلوة عن وقتها وقد نام اختلفوا بناء على ان وقت التذكير وقتها بالحديث فيصح او الاول ينصرف الى الوقت الاصلي

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك قدمه على الضرب والقتل لان اللبس اكثر وقوعا منهما لا يفيد خصوص الملبوس او لان شرعيته اوسع من شرعية الضرب والقتل والحلي بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام كثدي وثدي **قوله** ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك اي ثوبا من غزلك اي مغزولك فهو هدي فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدي اتفاقا ولو لم يكن في ملكه قطن او كتان او كان فلم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه فهي مسئلة الكتاب فعند ابو حنيفة هو هدي فقالا ليس ان يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف اي وقت الحلف ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فان كان نذر هدي شاة او بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه او بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها وجه قولهما ان النذر انما ينعقد فيما هو في الملك قال صلى الله عليه وسلم

لهما ان النذر انما يصح فی الملك او مضافا الی سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه ولهذا ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا

لا نذر فيما لا يملك ابن آدم او مضافا الی سبب الملك مثل ان اشتريت كذا فهو هدی او فعلی ان اتصدق به ولم يوجد ذلك فان المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذی هو غزل المراة سبب لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر فی المشتری من القطن اذا غزل ولهذا ان غزل المراة عادة يكون من قطن الزوج لان العادة ان يشتری القطن فی البيت وهی تغزله فيكون المغزول مملوكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالتعليق بغزلها هو تعليق بسبب ملكه للثوب كانه قال ان لبست ثوبا ملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدی لا حاجة الی تقدير ملك القطن ولا الی الالتفات اليه وان كان فی الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له ولا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك او فی حال الحلف ثم استوضح علی ان غزلها سبب عادی لملكه المغزول بقوله ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر بالاتفاق مع ان القطن غير مذكور وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك فی المغزول لان معنی كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنده وكون الغزل فی العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه فلما وقع ثبت عنده ملك الزوج فی المغزول وبهذا فارق مسئلة التسری حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الی التسری ليس اضافة الی سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسری اثرا له بل هو متقدم عليه فلهذا بطل قول من رجح قول زفر فی مسئلة التسری هذا والواجب فی ديارنا ان يفتی بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها او قطنها فليس الغزل سببا للملك للمغزول عادة فلا يستقيم جواب ابی حنيفة رح فروع تتعلق باللبس حلف لا يلبس غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يده فی الكمين ورجلاه بعد فی اللحاف حنث حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ومن حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث ولو اتزر او ارتدی حنث سوی القميص وغيره بخلاف ما البس قميصا لا يحنث اذا اتزر به او ارتدی فينعقد علی اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به او تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فاتزر به او تعمم حنث ولو وضعه علی عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء او قباء فلم يعين فوضعه علی كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفی هذا القباء يحنث لان فی المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفی المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الوالد الحنث فی المنكر ايضا لانه يلبس ايضا كذلك ولو وضع القباء علی اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ومنه قوله صلی الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار حتی لو ثوب فلان فوضع قباه علی كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن لبس الدثار بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس من الثوب فالقی عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ملبس لا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل وادخل فلو انتبه فالقاه كما انتبه لا يحنث وان تركه يحنث علم انه الثوب المحلوف عليه اولا وكذا لو القی عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل او خفا فادخل احدی رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالربق والزر والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث اما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه صلة فی كمه او دخريص او علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس خيط منه او ما فيه سلكه منه لا يحنث ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند ابی يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوی لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلامه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان لا يعمل بيده لا يحنث والا حنث لا يلبس حريرا او ابريسما لا يحنث الا بثوب كله او لحمته منه لا ما سداه او علمه منه الا ان ينويه لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف الی الثوب المتخذ منه

ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فينقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا وان حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

فلو حشي به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب ولا يلبس عين الغزل لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة او خفين او جوربين او ارسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان ينوي كسوته بيده ولو اعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث لنا انه ليس بحلي عرفا ولا شرعا بدليل انه ابيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وانما ابيح لهم لقصد التختم لا الزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف التي هي مبنى الايمان قال المشائخ هذا اذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النساء بان كان له فص فان كان حنث لانه لبس النساء وانما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا او خلخالا او قلادة او قرطا او دملجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وان كان زينة ولو كان الخاتم من ذهب حنث مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا **قوله** ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد او زمرد او ياقوت وبقولهما قالت الائمة الثلاثة وجه قولهما انه حلي حقيقة فانه يتزين به وسمي به في القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان وله انه لا يتحلى به في العادة وهو المراد بقوله عرفا الا مرصعا بذهب او فضة ومبنى الايمان على العرف لا على الاستعمال القرآني فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشائخ قياس قوله انه لا باس ان يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ففي زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفي عرفنا تحلو بالساذج ويفتى بقولهما لان العرف القائم انه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا **قوله** ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش معين فانه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فقام عليه لا يحنث ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه وفوقه قرام حنث لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملاءة اي الملاءة المجعولة فوق الطراحة واذا كان تبعا لم يتغير عده كانه نائما على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقها فراشا آخر فانه لا يحنث اذا نام على الاعلى لانه مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروي عن ابي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر احدهما تبعا للآخر وحاصله ان كون الشيء ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا نفيه في الفراشين بل كله اصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يماسه الا الاعلى **قوله** ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض عرفا فاعتبر العرف كان البساط والارض والحصير اصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل الجالس على احدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذيله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان على الارض فيحنث وسره انه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كانه جلس بنفسه على الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير او فراش حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة

على السرير في العادة وكذا كل اي على ما يفرش عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك ان فوقه من انواع الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه اي الآخر الاعلى مثل الاول الاسفل فلم يجعل تابعا له في العرف وهذا بالاتفاق وفرق ابو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وان كان احدهما فوق الآخر بل يقال جلس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما فبسط عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان او سطحا على السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما انقطعت النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كرهت الصلوة على سطح الكنيف والاصطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لا يكره قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع وفي كافي الحاكم حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على احجار حنث لانها من الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك من الغسل والكسوة قوله ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة حتى اذا مات فضربه لا يحنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن او استعمال آلة التاديب في محل قابل للتاديب والايلام والادب لا يتحقق في الميت لانه لا يحس ولذا كان الحق ان الميت المعذب في قبره توضع فيه الحيوة بقدر ما يحس الالم والبنية ليست بشرط عند اهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحيوة في تلك الاجزاء التي لا ياخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه انما كان بناء على انكار عذاب القبر لكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد اورد على اخذ الايلام في تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه واجيب اولا بمنع عدم الالم في ضرب ايوب عم بالكلية وقد روي عن ابن عباس رضي انه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بايوب ودفع بانه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحيلة فلم يعتبره وفي الكشاف هذه الرخصة باقية والحق بان البر بضرب بضغث بلا الم اصلا خصوصية لزوجة ايوب عم ولا ينافي ذلك بقاء شرعية الحيلة في الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة لا يحنث لكن بشرط ان يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما ان يكون باطرافها قائمة او باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه اما عدمه بالكلية فلا وضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة يبر لو ضربه مائة سوط وخففت بحيث لم يتالم به لا يبر لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه ولا يبر الا بان يتالم حتى ان من المشائخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها كون عود بحال لو ضرب منفردا به لاوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشائخ وهو ان لا بد من الالم **فروع** لاضربنك حتى اقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى اتركك لا حي ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول وعندي ايضا على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى ينشق نصفين فهو على ان تضرب به الارض وتركه فقط وخلاف هذا ليس بصحيح حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث ليضربنه بنصل هذا السكين او بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه لم يحنث ولو قال ان لقيتك فلم اضربك فعبدي حر فراه على سطح او من بعيد بحيث لا يتصل اليه ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل او اكثر ولم يلقه حلف لا يضرب امراته فضرب

وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس
وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره
لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن
حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا

استعصى فاصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث لا اعذبه فحبسه لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق **قوله** وكذا الكسوة
اذا حلف ليكسونه فالقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك في مفهومها وكذا لو قال كسوتك هذا
كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس اهلا للتمليك ليصح التمليك
وقال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي ان لا يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك الا ان
ينوي به الستر استثناء من قوله فهو على الحياة التي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة ح يحنث لان الستر يتحقق في حق الميت
كما في الحي فتنعقد يمينه على حالتي الموت والحيوة وذكر ضميره وهو الكسوة على تاويل قوله كسوتك وقيل على تاويل الاكساء ولا وجود له في اللغة
قوله قال وكذلك الكلام يعني اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحيوة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه
لا يسمع ولا يفهم واورد انه عم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر اتكلم الموتى يا رسول الله فقال عم والذي
نفسي بيده ما انتم باسمع من هؤلاء او منهم واجيب بانه غير ثابت يعني من جهة المعنى والا فهو في الصحيح وذلك بسبب ان عائشة ردته
لقوله تعالى وما انت بمسمع من في القبور فانك لا تسمع الموتى وبانه انما قال على وجه الموعظة للاحياء لا لافهام الموتى كما روي عن علي رض
انه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين اما نساؤكم فنكحت واما اموالكم فقسمت واما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وبانه مخصوص
باولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقي انه روي عنه عم ان الميت يسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح قال
والدخول يعني اذا حلف لا يدخل على فلان يتقيد بالحيوة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته او خدمته حتى لا يقال
دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليس حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال عم كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها ولم يقل
عن زيارة الموتى قال ولو قال ان غسلتك فعبدي حر انعقد على الحيوة والموت لان الغسل الاسالة والمعنى المراد به التطهير فازالة الوسخ والكل
يتحقق في حالة الموت كالحيوة وفي شرح الطحاوي بناء الاصل ان كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم
والجماع والكسوة والدخول عليه انتهى ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله عم عثمان بن مظعون بعد
ما ادرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة او التعظيم وقيل اذا انعقد على التقبيل بلذة يحنث او على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف
لا يغسل او لا يتوضأ او لا يكلمه او لا يمسه او لا يلبسه فهو على الحيوة والموت **قوله** ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث
وكذا لو زجاها او قرصها وعن بعض المشائخ ينبغي ان لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا واجيب بما علل به في الكتاب وهو ان الضرب اسم
لفعل مؤلم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث
واستشكل يمين الضرب بانها اما ان تعلق بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع آلة التاديب في محل قابل له فيجب ان لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض
لانه لا يتعارف ضربا او بمعناه وهو الايلام فيجب ان يحنث بالرمي بالحجر او بها فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد واجيب بان
من ان شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا او عرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه وان وجد شرط الحنث عرفا
لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده ان لا يبيع بعشرة او باقل بل باكثر ولو باعه باكثر لا يحنث ايضا لانه وان وجد شرط الحنث لفظا لانه لما باعه باحد عشر فقد باعه بالعشرة ايضا لكنه

ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي
وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم

لم يوجد عرفا فلا يحنث غير واقع بتقليل تامل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغضب اما اذا فعل في الممازحة فلا يحنث فلو اوماها لكن لا على قصد الادماء بل وقع الخطاء في الممازحة باليد وعن الفقيه ابي الليث انه قال هذا اذا كانت بالعربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق ان هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية ايضا الا انه خلاف المذهب

قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحيوة بسبب عادي مخصوص لزم انه عقد يمينه على ازالة حيوة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر عادة وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحيوة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حيوة قائمة فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف السابق بين ابي يوسف وبينهما فعنده منعقدة ويحنث فعليه الكفارة وعند ابي حنيفة ومحمد رح لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد

قوله وليس في تلك المسئلة اي مسئلة الكوز تفصيل بين العلم وعدمه بل الحكم انه لا يحنث عندهما سواء علم ان فيه ماء وقت الحلف او لم يعلم

قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن ابي حنيفة رواية اخرى لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر ووجهه انه لو كان يعلم ان لا ماء في هذا الكوز فحلف ينبغي ان تنعقد يمينه عندهما على ماء يحدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر يوجب حنثه بخلاف ما اذا لم يعلم ان في الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ماء في الكوز ولو اوجد الله فيه كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه والله تعالى اعلم بالصواب.

باب اليمين في تقاضي الدراهم التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسئلة وخص الدراهم بالذكر لانها اكثر دورا في المعاملات **قوله** ومن حلف ليقضين دينه الى قريب او عاجلا فهو ما دون الشهر فان آخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد او آجلا فهو على اكثر من شهر وعلى الشهر ايضا ولكنه قصد الطباق بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة او اكثر بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا وقال الشافعي واحمد ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضافي فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيدة بالنسبة الى ما دونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل ان يقضيه وقلنا هذا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رايتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى البعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا سنة او اكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه صبحا او عند الهلال ونحوها

قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها اي بعض الدراهم زيوفا وهي المغشوشة غشا قليلا يتجوز بها التجار وانما يردها بيت المال او نبهرجة وغشها اكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصي ويقبله السهل منهم او مستحقة لم يحنث بذلك سواء ردها لما في ذلك اليوم او لا لان الزيوف عيب وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكورة في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء والعيب في الجنس لا يعدم الجنس اي جنس الدراهم ولهذا اي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم

وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فصحكانه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

لو تجوز بها في الصرف اي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد او جعلت راس مال السلم صح مع ان الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرف انها لم يبق عنها جنس الدراهم فيبر في اليمين بها سواء حلف على القبض او الدفع وكذا قبض الدراهم المستحقة صحيح ولذا لو اجاز المالك قبضها جاز واذا بر في دفع هذه المسماة الثلاثة فلو رد الزيوف والبنهرجة او استردت المستحقة لا يرتفع البر وان انتقض القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع عتق فردها مولى المكاتب بسبب انها زيف او بنهرجة او مستحقة لا يرتفع العتق ولو كانت رصاصا او ستوقة حنث اذا انقضى اليوم ولم يرد بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا اكثرا وهو تعريب سه توقه اي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يجوز بها في الصرف والسلم ولا يعتق المكاتب باداتها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد **قوله** وان باعه اي باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضينه اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه عبدا او قبضه رب الدين بر المديون في يمينه لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو ان يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لان قبضه لنفسه ليملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا بها اذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يتقاص بها فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو ان يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الدين الذي يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد او لا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تاكيدا للبيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا فقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم اقبض مالي عليك اليوم او ان لم استوف قال محمد فان وهبها له لم يبر يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقيل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد لعدم المقاصة ولان القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون فعل هذا الآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم في مسئلة الكوز ان بقاء التصور شرط لبقاء اليمين في اليمين الموقتة وهذه كذلك اذ الكلام هنا في يمين موقتة وان كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بانه يستلزم ارتفاع النقيضين لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق احدهما دائما هما في الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه اما في الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكمها ما دام السبب قائما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت احد الامرين لا محالة من الحنث او البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا بر ولا حنث وجميع ما اورد من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لان عدم الحنث متفق عليه وانما يفيد لو قال ابر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل واعلم ان جواب هذه المسئلة اعني مسئلة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما اشرنا الى ذلك اما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فابراه او وهبه فلا شك انه يحنث بالاتفاق لان تصور الشرط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد

ومن حلف لايقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا حلف لايفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث لوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل

زمن يقدر فيه على القضاء لليأس من البر بالبتة **قوله** ومن حلف لايقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث لان الشرط اي شرط الحنث قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض المتفرق الى كل الدين حيث قال لا اقبض ديني وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامه متفرقا غير انه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنات وزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فيجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة في الجامع الكبير موقتة بهذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان اخذت منها اليوم درهما دون درهم فاخذ خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد **قوله** ومن قال ان كان لي الا مائة فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي عن ما زاد عن المائة فيصدق على الخمسين اذ يصدق ان الخمسين ليس زائدا على المائة واما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس لي مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفي المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فيكون المائة غير محكوم عليها بانها في ملكه غير متعرض لها باثبات بوجه من الوجوه وعلى هذا طائفة من المشايخ واما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة اخرى او على ان الاستثناء من النفي اثبات و هو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفي اثبات في هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على ان له مائة واما قول المص ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها فظاهره انه وجه مقابل لقوله لان المقصود منه عرفا وهو ان يكون مدلولاله ومعلوم ان اخراجها ليس الا من النفي وحاصله اخراج جميع اجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحلف على نفي خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه اعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطني الا خمسين فقال ان كنت اعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف في قدر الدين فقال لي عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لي عليه الا مائة فهذا النفي للنقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفي الجامع الصغير عبده حر ان كنت املك الا خمسين فملك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكوة حنث والا لا الا ترى انه لو قال مالي صدقة ينصرف الى مال الزكوة او حلف مالي مال لا يحنث الا بمال الزكوة وفي خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة تأتي ان شاء الله تعالى مسائل منثورة اي هذه مسائل متفرقة فيكون الاشارة لامر حاضر في الذهن او تأخر وضع الترجمة عن وضع المسائل ويكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ عن الابواب بهذه الترجمة ونحوها **قوله** واذا حلف لايفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل فعم الامتناع في جميع الاوقات المستقبلة ضرورة عموم النفي للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الاوقات ثابتا وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله سواء كان مكرها فيه او ناسيا اصيلا او وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع الياس عن الفعل وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه ان يوصي بالكفارة

واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع

او يفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا او ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد واكل الرغيف قبل اكله فيحنث هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما اريناك فلو كانت مقيدة مثل لاكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف ولو اكل الرغيف قبل مضي الوقت سقطت اليمين عندهما على ما عرف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد **قوله** واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وبفتحها في المضارع اذا فسد فهو على حال ولاية خاصة ولو عزل لا يلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعي ورواية عن احمد وهذا التخصيص في الزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بان المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره او شر غيره بزجره لانه اذا زجر داعرا انزجر داعر آخر كما قال ولكم في القصاص حيوة وهذا لا يتحقق الا في حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية فاذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية وعن ابي يوسف انه يجب عليه اعلامه بعد العزل ايضا وهو قول الشافعي ورواية عن احمد لانه مقيد لاحتمال ان يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز ثم ان الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو او المستحلف او عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان انتهى ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد اي بالفور اي فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه او الكفيل ان لا يخرج عن البلد الا باذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بقيام الزوجية فاذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما بخلاف ما لو حلفت لا تخرج امرأته من الدار فانه لا يتقيد به اذ لم يذكر الاذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الاذن وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لها كل امرأة اتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا او ثلاثا ثم تزوج بغير اذنها طلقت لانه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح **قوله** ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه الاصل ان اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفي عقود التبرعات بازاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والاقرار والهدية قال زفر هي كالبيع وفي البيع ومامعه الاتفاق على انه المجموع فلذا وقع الاتفاق على انه لو قال لغيره امس بعتك هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت او اجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستأجر لان اقراره بالبيع تضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم تقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لا يبيع فاوجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فاوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة عندنا يبر بالايجاب وعنده يحنث استدل له زفر بانه قياس بالبيع لانه اي عقد الهبة تمليك مثله حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو اي عقد الهبة بلا قبول كالايجاب في البيع ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل مجرد ايجاب عن ايجاب الهبة والقبول من الآخر برلتمام السبب وانما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية اخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المص ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع اي الهبة اسم التبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث وانما يراد تمامه سببا للملك الا على ما نقل عن بعضهم ان الملك يثبت به قبل القبول

ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

الا ان يالرد فيتقض دفعا للضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لاعول ولا عمل على هذا بل لابد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه الى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا للملك الآخر كالبيع والحاصل انه انما يتم بما هو من جهته وهو التمليك وهو بهذا القدر لايدخل في ملك الآخر وان كان بلا بدل حتى به يظهر رضاه بذلك بلفظ المفيد له وهو كالبيع في هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو في تعيين مسميات شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة واخواتها ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل او الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا او بعت كذا لايفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بان اسم البيع للمجموع لم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم فقد اطلق اسم الاهداء من احد الجانبين فقط لفرض انه رده عليه ووجهه ان قول ابن عباس اهدى اما حكاية قول الصعب بن جثامة رضى الله عنه اهديت لك هذا او حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد ان اسم الهدى يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر اولا واستدل ايضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منها بلازم لان غاية ما فيه انه صح ان يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة لقوله فلم يقبل ونحن لاننكر انه يصح ان يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع انه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لايفيد الحكم بانه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة الاترى انه لو قال بعته هذا الثوب بالف فلم يقبل فلم يكن مخطيا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على ان وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على ان البيع لمجرد الايجاب والاثبات واما الاستدلال بقول الصديق لعائشة كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مال العالية وانك لم تكوني حزتيه فسماه نحلى قبل القبض وانما ينتقض على احدى روايتي زفر انه مأخوذ فيه القبض ايضا ولسنا نصححها بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب مسمى اللفظ واما الوجه القائل ان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر ان الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد ولا يخفى انه غير لازم واذا كانت اسماء الامور التي لها غايات اسماء لتلك الغايات وايضا فقصد الاظهار للسماحة غير المراد ولا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الاجنبي وهذا اليق ان يجعل مقصود العقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لايتحقق الوصول الا بمجموع القبول والايجاب واقرب ما انه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر وهو يحتم بجزء السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن ابي يوسف ان قبول المستقرض لابد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال اقرضني فلان الفا فلم اقبل لم يقبل قوله ونقل عن ابي حنيفة فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث انه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع ان في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه ان يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع للعوض فاعلم ان الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة لا عين مال قبل اعتباره قلنا لايتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار ماله الى العين المال حتى جرت احكام المال عليه في باب المنكوحة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولايقبل التعليق ولايقبل التعليق على الاعلم خلافي ان سقا الاشى كالهبة فروع حلف لايوصي بوصية فوهب في مرض الموت لايحنث وكذا لو اشترى اباه في مرض فعتق عليه ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وامره بقبضها ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لايتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي ان الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام

ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف

لا يشترط فيها القبول من الآخر ولو قال لعبد ان وهبك فلان مني فانت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدأ الواهب فقال وهبتك لا يعتق قبل او لم يقبل وان بدأ الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له اجنبي فاجازه الحالف البتة حنث كذا رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب في المال وينعقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادة الناس من الشركة في التجارة دون الاعيان فلو اشتريا عبدا لم يحنث بخلاف ما لو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث بخلاف ما لو ورثا شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما احب او كره

قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي في اللغة المشهورة الفصيحة واما شممت اشم بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد انكرها بعض اهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه وقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست فصيحة ثم يمين الشم المقصود فان حلف لا يشم طيبا او وجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه وفي المغرب الريحان كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجرة ذكره في المبسوط لانه تعالى قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان لان الريحان انما يطلق على ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة للزهر خاصة هذا والذي يجب ان يعول عليه في ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع فهو ريحان الحماحم واما كون الريحان الترنجي منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع

قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا فهو على دهنه دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخي انه يحنث به ايضا بعموم المجاز وهذا ينبني على العرف فكان في عرف اهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما سمي به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في ايام الكرخي فقال به واما عرفنا فيجب ان لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن اصلا كما قال في الورد والحناء ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج **فروع متفرقة الاصناف** اذا حلف على الدجاج نفيا او اثباتا وكذا الجمل والابل والبعير والجزور والبقر والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والتاء للوحدة قال قائلهم لما مررت بدير هند ارقني صوت الدجاج وضرب بالنواقيس والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن ابي يوسف البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للعجمي والبقرة لا تتناول الجاموس للعرف حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لا افعل كذا وكذا فكذلك يحنث حلف لا ياكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فطبخ فاكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكره في فتاوى قاضي خان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا ياكل لحما فاكل من مرقه انه لا يحنث ان يقيد بما اذا لم تجد طعم اللحم حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء فشرب قيئه لا يحنث قال لعبده اذا سقيت الحمار فانت حر فذهب فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكن لم يشرب حلف لا يشرب عصيرا فعصر عنقودا في حلقه لا يحنث ولو عصره في كفه

ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتني عليه

فحسناه حنث اما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيهما وفي الفتاوى هذا في عرفهم اما في عرفنا ينبغي ان لا يكون حانثا لان ماء العنب يسمى
عصيرا في اول ما يعصر حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حائط فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها
ان تتسور الحائط قال الفقيه وبه نأخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق
وقيد ومنع من الخروج فلا يحنث ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث
قال الصدر الشهيد هذا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا انه لا يحنث قال والاصح انه يحنث ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك
لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر انتهى يعني وقد اكرهت على السكنى
وهو فعل والمكره على الفعل لا يضاف الفعل اليه فلا يحنث فقد صرح بجواب الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل رح فيمن قال ان لم اخرج من هذه
اليوم فقيد الحالف ومنع اياما انه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق فكان ليلا فهي
معذورة حتى تصبح ولو قال الرجل لم يكن معذورا وهو الصحيح الا لخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به كل عبد لي حر فله عبد بينه
وبين غيره لا يعتق لانصرافه الى التام ومثله لا اكل مما اشتراه فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لا يحنث لو اكل منه ويعتق عبد
المأذون وان كان عليه دين ولا يعتق عبد عبده المأذون عند ابي حنيفة رض اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان
نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليهم دين ان نواه عتق والا فلا وعند ابي يوسف ان نواه عتق والا فلا كان عليه دين او لا وقال محمد عتقوا جميعا
في الاحوال كلها قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان اراد به الاستحلاف فهي استحلاف ولا شيء
على واحد منهما اذا لم يفعل ولو قال لغيره اقسمت او اقسمت بالله عليك لتفعلن كذا وقال اشهد بالله او اشهد عليك او لم يقل عليك فالحالف
هو المبتدأ الا ان يكون اراد الاستفهام فلا يمين عليه ايضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين
على المبتدأ وان نواه اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو اقل من من وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فانت طالق
فانه يطبخ قبل ان يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة حلفت لا يأكل من خبز ختنه فسافر الختن وخلف لامرأته دقيقا فاكل منه
حنث لانه باق على ملكه قال الامام القاضي هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي بقدر ما يكفيك اما اذا افرز قدرا
من الدقيق واعطاها صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لا يأكل من مال فلان فتناهد
فاكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان احد الشركاء
صبيا لا يجوز ولو كان كل واحد اكل مال نفسه ينبغي ان يجوز قال نعم هو استحسان لكن لم يصرح بالخلاف انتهى واقول الفرق
ان عدم الحنث لاكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف تبتنى الايمان فلم يحنث وعدم جواز التناهد
مع الصبي لانه غير اكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي ايضا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من خبز فلان فاكل خبز ابنه ومن
فلان يحنث وقال في مجموع النوازل لا يحنث لانه اكل حصته ولو قال لا يأكل من مال فلان فمات فلان فهو وارثه فاكل ان لم يكن
له وارث سواه او كان فاكل بعد القسمة لا يحنث والا حنث ولو قال رغيف فلان لا يحنث ولو حلف لا يأكل رغيفا لفلان

وقيل في عرفنا تقع على الورق فان سلف في ارزه نائلين على الورق

فاكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل وكذا دار بين اختين قال زوج احدهما ان دخلت الا في نصيبك فانت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى ارضا ونصف الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا ياكل من حب غلة لفلان فاكل من حب غلة بينه وبينه حنث ولو اشترى مدا من حب مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف لا ياكل من طبيخ فلان فاكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا ياكل من قدر فلان فاكل من قدر طبخها فلان لم يحنث في الاصل لو حلف لا ياكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفي مجموع النوازل امرأة وهبت طيرا فقال لها زوجها اگر از من دوا يكي تو خوري فانت طالق فوهبت من آخر فاكل الحالف يحنث وقال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما ياتي ينبغي ان لا يحنث صورتها في الفتاوى حلف لا ياكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهبه الابن للحالف فاشترى شيئا فاكله لا يحنث قال وهذا اصح من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان اكلت اليوم الا رغيفا او ان تغديت برغيف فعبدي حر فاكل رغيفا ثم اكل بعده تمرا او فاكهة حنث في فتاوى قاضيخان حلف لا ياكل اليوم الا رغيفا فاكل رغيفا مع البقل او الزيت او اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان اكلت اليوم اكثر من رغيف فعبدي حر فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل هذه الخابية التي فيها الزيت فاكل بعضها حنث ولو كان مكان الاكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا ياكل هذه البيضة لا يحنث حتى ياكل كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا ياكل هذا الشيء كالرغيف مثلا فاكل بعضه قال ابوبكر الاسكاف ان كان شيئا يمكنه ان ياكله كله في عمره لا يحنث باكل بعضه وقال بعضهم اذا اكل البعض ما لا يمكن ان ياكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح قال محمد رح كل شيء ياكله الرجل في مجلس واحد او يشربه في شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث لاكل بعضه لكن في الفتاوى للقاضي حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل وبقي منه شيء يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق في القضاء فيه روايتان انتهى وكان المراد ان يترك شيئا قليلا جدا بحيث لا يقال الا ان فلانا اكل جميع الرغيف لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع انه اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف لا يحنث باكل البعض وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة منه قال في فتاوى قاضيخان قال مشائخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض قال ابراهيم سمعت ابا يوسف رح يقول فيمن قال كلما اكلت اللحم او كلما شربت الماء فلله علي ان اتصدق بدرهم فاكل فعليه في كل لقمة من الد

لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له في النسبة عن غيره

وفي كل نفس من الماء درهم حلف لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكلمهما الا ان ينوي الحنث باحدهما فيحنث
بواحد منهما اما لو قال لا اكلمها وقال بالفارسية باين دو كس سخن نگويم ولو نوى واحدا لا يصح نيته ذكره في المحيط قال وينبغي ان يصح
لان المثنى يذكر ويراد الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح انتهى فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا او فلانا
حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفي مجموع النوازل لا اكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهذا على ستة ايام ولو قال لا اكلمه لا يوما
ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة ايام حلف لا يشرب من دار فلان فاكل منها شيئا قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين
الامتناع عن جميع الماكولات وقال غيره لا يحنث في يمينه الا ان ينوي جميع الماكولات والمشروبات اما لو قال بالفارسية فلان چيزنخورم يحنث
في تناول الماكول والمشروب حلف لا يغتسل من امرأته عن الجنابة فجامعها ثم جامع اخرى او على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين
انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث ايضا اذا اغتسل عنها وعن غيرها يحنث كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ
من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لا يحل تكته على امرأته ان اراد لا يجامع صح وهو ما دل وان لم يرده ان فتح سراويله للبول ثم جامعها
لا يحنث لان فتح سراويله عليها ان يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي ان يكون حانثا لوجود شرط الحنث
ولو حلف لا يحل تكته في الغربة فجامع من غير حل التكة ان نوى غير حلها لا يحنث وصدق قضاء وان حلف لم ينو يحنث ونحو هذا قوله
ان اغتسلت من الحرام فعانق اجنبية فانزل قالوا يرجى ان لا يكون حانثا وتكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لا تغتسل دراسها
من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصغار ارجو ان لا يحنث قال الفقيه ابو الليث لان قوله كناية عن الجماع واذا كانت مكرهة عليه لا تحنث
فلو قال لها عند ارادة الجماع لم تمكنيني او لم تدخلي معي البيت فلم تفعل ثم فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفي
الجامع الكبير حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بهما ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة
فانت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله بمعانقتها بتداخل الفرجين وتعرف انها ليست مملوكة له ولا زوجة لو شهد عنده
اربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت الا بذلك ولو اقر لها كفى مرة لا يسعها المقام معه بان جحد عند الحاكم انه فعل وليس
لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فان حلف وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تفيد مسئلة ما اذا علمت انه طلقها ثلاثا يقينا ثم انكر في انه لا تمكنه
ابدا واذا لم تستطع منعه عنها لها ان تسمه ولو قال بالفارسية اگر تو با كسي حرام كني فانت طالق فابانها فجامعها في العدة طلقت عندهما
لانهما يعتبران عموم اللفظ وابو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لآخر
فعلت فان لم افعل قال ابو حنيفة ان لم تفعل على قوله فعله حنث حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لا يحنث
لان معرفة البالغ كذلك ويحنث في الصغير وعليه فرع بالولد رجل ولد فلما خرج الى جاره ولم يسمه
فرآه الجار ثم حلف انه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف انه لا يعرفها لا يحنث وكذا لو حلف انه
لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يحنث الا ان يعني به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يفعل ما دام فلان
في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يحنث حلف لا اترك فلانا يفعل كذا الكلام اولا من هنا

كتاب الحدود

ويدخل يسير بقوله له لا تفعل لا تخرج لا تمر الطاعة او عصاه والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الحدود

لما اشتمل الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة اولاها الحدود والتي هي عقوبات محضة انتقالا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما عارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم اوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن يكون الترتيب ح الصلوة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يجب بالاخوات المتحدة في الجنس القريب بما يوجب الاستعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله الحديث ثم محاسن الحدود والمهر من ان تذكر لبيان بل تكتسب ببيان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة انها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية وانها معنى بسبب اشتباه النسب والتزم مؤن الولد مع ما فيه من تهمة الناس البر او غيره ولذا ندب عموم الناس الى حضور حده ورجمه وفي باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض واخذ اموال الناس وقبح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم تبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان ابيح الشرب حين كان فسادا هذه الامور عاما كانت الحدود والتي هي ما لعقت منها حقوق الله على الخصوص فان حقوقه على الخصوص ابدا تفيد مصالح عامة ولذا قال المص والمقصود من شرعية الانزجار عما يتضرر به العباد والعبارة المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر الا انه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المص الى قوله للانزجار الا ان قوله والطهرة ليست باصلية الى آخره اي الطهرة من ذنب لسبب الحد يفيد انه مقصود ايضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا اصليا بل هو تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم قبل سببه اصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة واما ذلك فقول طائفة كثيرة من اهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من اصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن اصاب منها شيئا فستره الله فهو الى الله ان شاء عفى عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك اي التقتيل والصلب والنفي لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر ان جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة اخروية الا من تاب فانها تسقط عنه الاخروية بالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب ان يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه او رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فتقيده به جمعا بين الادلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما اراد المص انه لم يشرع للطهرة فاراد بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد يعني ان عقوبة الذنب بالحد لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد لم يتحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من اهلها واما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذ السمع انما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا تضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض ان الله سبحانه جعل الحد مسقطا العقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا ان يدل دليل سمعي على ذلك هذا واما الاستدلال على عدم كون الحد

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصود الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر

مستقطا بانه ليقام عليه وهو كاره فليس بشيء لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله اعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده اي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه

قوله الحد لغة المنع وعليه قول نابغة ذبيان: الا سليمان اذ قال الاله له: قم في البرية فاحددها عن الفند وهو الخطأ في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شيء فهو حاد له وحداد اذا صيغ للمبالغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول وللسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيد وهو قوله: يقول لي الحداد وهو يقودني: الى السجن لا تجزع فما بك من باس؛ فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز ان يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى: فقمنا ولما يصح ديكنا، الى جونة عند حدادها؛ وسمي اهل الاصطلاح المعرف للماهية حدا لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المص هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المراد نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بالحبس ومن جنس عرك الاذن وغيره على ما سياتي ان شاء الله تعالى هذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا ثم ان الحد على هذا قسمان يصح فيه العفو ولا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا انكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على اسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال اتشفع في حد من حدود الله فاما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت والوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده **قوله** الزنا يثبت بالبينة والاقرار ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التي جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد في لغة نجد وعليه قال الفرزدق: ابا طاهر من يزن يعرف زناؤه، ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا؛ بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من اسماء الخمر قال فالمراد ثبوته عند الحكام اما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المص تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال ابو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع اهدر اعتباره بقوله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المص لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانما تثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لما تعذر القطع اكتفى بالظاهر وهو في البينة وفي الاقرار لان الاقرار بسبب الحد يستلحق مضرة في البدن ومعرة في العرض وتوجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق

قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولأن في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده

وعقابا لضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يتب وقصدا الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته في اسباب سخط الله لينال درجة اهل العزم **قوله** فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ليس فيهم امرأة على رجل او امرأة بالزنا ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج يدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها اولاد صغار وانما كانت اربعا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء واما الحديث الذي ذكره المصنف وهو قوله للذي قذف امرأته بالزنا يعني هلال بن امية ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك فلم يحفظ على ما ذكروا والذي في البخاري انه عليه السلام قال البينة والا فحد في ظهرك نعم اخرجه ابو يعلى في مسنده ثنا مسلم بن ابي مسلم الجرمي ثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن انس بن مالك قال اول لعان كان في الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن امية بامرأته فرفعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام اربعة شهود والا فحد في ظهرك فالمسئلة وهي اشتراط الاربع قطعية مجمع عليها ثم ذكر ان حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه فاقتصر عليه لنفي قول من قال ان حكمته ان شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وعلى كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة اما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على اربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فلا يتحقق بذلك الاندراء واما انه مندوب اليه فلما اخرج البخاري عن ابي هريرة عنه عليه السلام من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه واخرج ابو داود والنسائي عن عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال من رأى عورة فسترها كمن احيى موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغي ان يكون الشهادة به خلاف الاولى التي مرجعها الى كراهة التنزيه لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه السلام لهزال في ماعز لو كنت سترته بثوبك الحديث سيأتي كان في مثل ما ذكرنا والله سبحانه اعلم

واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء

وعلى هذا ذكره في غيبة مجلس القاضي وادار الشهادة تكون بمنزلة الغيبة فيه فيحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها واما ان المختار في الحكم ما ذكره المصنف فلان شهادة الاثنين كما تكون معتبرة على فعل واحد تكون معتبرة على افعال كثيرة كما لو شهدوا ان هؤلاء الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالمعول عليه ما ذكره المصنف قوله واذا شهدوا بالزنا سألهم الحاكم عن خمسة اشياء عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى ثم استدل المصنف على وجوب هذه الاشياء بانه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط المطلوب شرعا في ذلك وهذا الوجه يعم الخمسة والسمعي يقتصر على اثنين منها فحاصله استدلال على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب ان علة استفساره بعينها ثابتة في الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم اما انه استفسره عن الكيفية ففيما اخرج ابو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن ابي هريرة قال جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه اصاب امرأة حراما اربع مرات كل ذلك يعرض عنه فاقبل في الخامسة فقال انكتها قال نعم حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما مثل ما ياتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال اريد ان تطهرني فامر به فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من اصحابه يقول احدهما لصاحبه انظر الى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجليه فقال اين فلان بن فلان فقالا نحن ذان يا رسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن ياكل من هذا يا رسول الله قال فما نلتما من عرض اخيكما آنفا اشد من اكل منه والذي نفسي بيده انه الآن لفي انهار الجنة ينغمس فيها واما استفساره عن المزنية ففيما اخرجه ابو داود وعن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجري فاصاب جارية من الحي فقال له ابي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله ان يستغفر لك فاتاه فقال يا رسول الله اني زنيت فاقم علي كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال عليه السلام انك قد قلتها اربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر ان يرجم فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن انيس وقد عجز اصحابه فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله ان يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فامر به ان يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحي بعير فاصاب رأسه فقتله واما ان في الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فما قال لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه بان ظن مماسة الفرجين حراما زنى او كان يظن ان كل وطء محرم زنى موجب الحد فيشهد بالزنا فاذا استفسر

بوظيف ن

(وإذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية
حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرءوا الحدود
ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة رحمه الله وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات إن شاء الله تعالى

فيسأله عن الزنا ما هو ولأنه يحتمل كونه كان مكرها ويرى أن الإكراه عن الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه لما روي عن أبي حنيفة
فيشهد به فلهذا يسأله عن كيفيته وفي التحقيق هي حال تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود به زناه في دار الحرب
وليس فيه حد عندنا فلهذا يسألهم أين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم فلا حد فيه إذا ثبت بالبينة أو في زمن
صباه فلهذا يسألهم متى زنى وحد التقادم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه
أو كانت جارية أو زوجة ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظروا في بيتي وكانت
في بيت أحدهم كوة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما أتيت إلا امرأتي
ثم إن الله تعالى درأ عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة وكان مثل النصف من العبادة فحد عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم يحده لأنه ما نسب إليه
الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاسا عالية ولحافا يرتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد وأخرج عبد الرزاق في
تفسيره بسنده عن عمر رضي الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وأبى أبو بكرة أن يتوب فكانت شهادته
لا تقبل حتى مات وعاد مثل النضو من العبادة انتهى فلهذا يسألهم عن المزني بها من هي وقياسه في الشهادة على زنا
امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فإن فيه أيضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه كان صبيا أو مجنونا بأن مكنت
أحدهما فإنه لا يجب عليها في ذلك حد على قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم إنهما زنيا لا يحد المشهود عليه
ولا الشهود لأنهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لأنهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف
ما لو وصفوه لغير صفته فإنهم يحدون فصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لأنهم باقون على
شهادتهم غير أنهم لا يقبلون وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد
ثلاثة وأبى الرابع فإن الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا فلما لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة
قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحدون وما وقع في أصل المبسوط من أن الرابع لو قال أشهد أنه
زان فسأل عن صفته فلم يصفه أنه يحد حمل على أنه قال للقاضي في مجلس من غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة **قوله** وإذا بينوا
ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وهي بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر بأن
يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بأن يجمع بين المعدل والشاهد
فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا ما وعد المصنف بيانه في الشهادات حكم بشهادته وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ونقل
في اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها أبو حنيفة في الأموال احتيالا للدرء
ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت إيجاب الدرء ما أمكن استدل عليه بما رواه أبو يعلى في مسنده من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه السلام ادرءوا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي
من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام قال ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة قال
الترمذي لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف وأسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث

قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى **قال** والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات

ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف اقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو اقوى وكان ذكر هذه ذكر لمستند الاجماع واعلم ان القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود ولا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو اقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا في اقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعديل الشهود اهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره **قوله** قال في الاصل اي قال اذا وصف الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر منه في اخذ الكفيل اجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان اقصى العقوبات هناك بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز ان يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان كان بعد الثبوت عقوبة اغلظ وهذا هو الفرق الذي وعده المص بقوله وسيأتيك الفرق واما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج ابو داؤد والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معاوية بن حيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا من تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال اقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر فاصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا الغفاريين فاتوا بهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس احد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يكن الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال وعليك وقتلك في سبيل الله قال فقتل يوم اليمامة **قوله** والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها اقوى حتى لا يندفع بالشبهة بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو اقر الاخرس بالزنا بكتابة او اشارة لا يحد للشبهة لعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال ان يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين ولو اقر فظهر مجبوبا او اقرت فظهرت رتقاء وذلك بان تخبر النساء بانها رتقاء بطل الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بخرساء او اقرت باخرس لا حد على واحد منهما واختلف الحكم في اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن ابي سليمان ومالك والشافعي وابو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل اربع مرات ولان الغامدية لم تقر اربعا وانما رد ماعزا لانه شك في امره فقال ابك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا

في اربع مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي واشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكراره لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رض فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب

في اشتراط كونها في اربع مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا وتقاه ابن ابي ليلى واحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن ابي هريرة رض قال اتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى بين ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبك جنون فقال لا فقال بل احصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر في انه كان في مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن اظهر منه في افادة انها في مجالس ما في صحيح مسلم عن بريدة ان ماعزا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم اتاه الثانية من الغد فرده ثم ارسل الى قومه هل تعلمون بعقله باسا فقالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم ايضا فسألهم فاخبروه انه لا باس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفيرة فرجمه واخرج احمد واسحاق بن راهويه في مسنديهما وابن ابي شيبة في مصنفه ثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر بن عامر عن عبد الرحمن بن ابزى عن ابي بكر قال لقي ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك الله قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر به فرجم فصرح بتعدد المجئ وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة رض قال جاء ماعز بن مالك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الابعد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فامر به فطرد فاخرج ثم اتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال ادخلت واخرجت فقال نعم فامر ان يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس فوجب ان يحمل الحديث الاول عليها فان قوله فتنحى تلقاء وجهه متعدد مع قوله الاول اقرار واحد لانه في مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك اربع مرات اي في اربع مجالس فانه لا ينافي ذلك وقد دلت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه واما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فاما كون الغامدية لم تقر الا مرة واحدة فممنوع بل اقرت اربعا يدل عليه ما عند ابي داود والنسائي قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون ان الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص في اقرارها اربعا غاية ما في الباب انه لم ينقل تفصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم ثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن ابي بكر عن ابيه فذكره وفيه انها اقرت اربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبي حتى تلدي الحديث غير ان فيه مجهولا تنجبر جهالته بما يشهد له من حديث ابي داود والنسائي واما كون رده ماعزا اربعا كان لاسترابته في عقله فان سلم لا يتوقف عليه ذلك على الاربع والثلاثة موضوعة في الشرع لابلاء الاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لان عنده ما لا يعذر المغتر له

ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رح

فالمرتد يستحب ان يؤخر ثلثة ليراجع نفسه في شبهة فلو لم تكن الاربعة عددا معتبرا في اعتبار اقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ودال على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله في حديث هزال ابنه قد قلتها اربعا فيمن وهو حديث اخرجه ابو داود والنسائي والامام احمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه احمد قال هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح واسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وابو نعيم ذكره ايضا وهو مختلف في صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بالفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها في لفظ لابي داود عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك اربع مرات وفي لفظ لابن ابي شيبة اليس انك قلتها اربع مرات وتقدم في مسند احمد عن ابي بكر رض انه قال بحضرته عم ان اعترفت الرابعة رجمك الا ان في اسناده جابر الجعفي وكونه روي في الصحيح انه رده مرتين او ثلاثا فمن اختصار الراوي والا فلا شك انه اقر اربعا وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما اوجب سبحانه في الشهادة على الزنا اربعا على خلاف المعتاد في غيره ولذا يعتبر في اقراره انزال كل اقرار بمنزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله في حديث العسيف فان اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعروف في الزنا بناء على انه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة ونقل هذا من حديث ابي هريرة رض في استفسار ماعز انه رجمه بعد الخامسة وتاويله انه عد آحاد الاقارير فان منها اقرارين في مجلس واحد كما قدمناه في الجمع فكانت خمسا فان قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي ان يلقنه الرجوع ولكن في مجلس الاقرار الموجب لو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعده لانه يطلقه مختارا في طاقة ليذهب فقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا لما علمت ان الاقامة مخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه ان يفصله والا فات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فايجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الاقامة وهذا لا يوجب زجره واخراجه ليذهب فيرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حال سبيله وهو مصر على الاقرار غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الامام فيجلس في بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس لبعدوا واما ما روي ان الغامدية قالت له عليه الصلوة والسلام اتريد ان تردني كما رددت ماعزا والله اني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته اتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس ان يرجموها فرجموها فاقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى راسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس في هذا انه اعتبر قولها فلم يردها غاية الامر انه ردها وغياه الى ولادتها ثم ردها الى فطامها لاتفاق الحال بان يثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا بسبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت اليه ليصدر منها ما هو اقرار

لانه عليه السلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة **قال** فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه فى الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره فى الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى فى صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او فى وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله وقال الشافعى رح وهو قول ابن ابى ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة فى الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع

اذ لا بد ان يقع فى مجلسها شئ مما هى بصدده هذا ولو لم يكن ما تقدم مما يفيد ان اقرارها كان اربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط فى الدرء اعتبر به الحكم بتعدد الاقارير تعدد مجالس المقر دون القاضى لانه الذى به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر فى مجلس واحد حتى لو جاؤا فى مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار الاتحاد فى اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط واما ما قيل ان اشتراط الاربع فى الشهادة لان الشاهد متهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لا شك فى الصدق واصل التعدد انما لزم حتى لزم الاتيان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر وشرط فى النساء لذلك ايضا بالنص قال تعالى فتذكر احدهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبى فلزمت الاخرى لتذكرها **قوله** لانه عليه السلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة لا يعرف بهذا اللفظ واقرب الالفاظ اليه ما ذكرناه من حديث ابن حبان انه طرد واخرج فارجع اليه **قوله** واذا بين ذلك اى على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره فى الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن فى السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار فى ذلك سيذكره المص فى باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لانه قد يبين من لا يحد بوطيها كما ذكرنا فى جارية ابنه بخلاف ما لو قال فى جوابه لا اعرف التى زنيت بها فانه يحد لانه اقرار بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره لانه لا ملك له فى المزنية لانه لو كان لعرفها ان الانسان لا يجهل زوجته وامته والحاصل انه اذا اقر اربع مرات انه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا اذا اقر انه زنى بفلانة وهى غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حده ثم ارسل الى المرأة فقال ان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال ان تذكر مسقطا عنه وعنها لا يجوز التاخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال ان ترجع الشهود ولان كلا منها شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا اعرفه لا يحد الرجل عند ابى حنيفة رح وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بفلان فانكر فلان تحد هى عندهما لا عنده **قوله** وقال الشافعى يقيم عليه الحد وهو قول ابن ابى ليلى والمسطور فى كتبهم لو رجع قبل الحد او بعد ما اقيم عليه بعضه سقط وعن احمد كقولنا وعن مالك فى قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعى وعلى تقديره فقوله كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد ثبوت كما لو فرض انه شهدوا عليه وهو ساكت فلما سألهم الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة انكر ولا يخفى انه تكلف والحق ان الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل صحته شرعا حكما فيجب كون المحل الذى هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس ممتنعا فى الشهادة نعم فى القصاص وحد القذف يعنى لو اقر بهما ثم رجع لا يقبل وكذا لا يقبل فى الزنا ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب وليس احد يكذبه فيه فيتحقق به الشبهة فى الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه رجع من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه فى اخباره الثانى فينعدم اثره

ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى **فصل في كيفية الحد واقامته** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة

في اخباره الاول بالكلية **قوله** ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمست روي في بعض احاديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت وقال في الاصل ينبغي ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة والمقصود ان يلقنه ما يكون ذكره دارئا ليذكره كائنا ما كان كما قال ايضا عليه السلام للسارق الذي جيء به اليه اسرقت وما اخاله سرق والله اعلم بالصواب

فصل في كيفية اقامة الحد بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا هذا من الاحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال احصن يحصن فهو محصن في الفاظ معدودة هي اسهب فهو مسهب اذا اطال وامعن في الشيء ومنه قول المص في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر رض ادع الله لنا فقال اكره ان اكون من المسهبين بفتح الهاء والفج بالفاء افتقر فهو ملفج بفتح الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها ايضا اذا افلس وعليه دين

قوله رجمه بالحجارة حتى يموت عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي رض وجود حاتم والآحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته اما اصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رض وكاشف بهم حيث قال خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف رواه البخاري وروى ابو داود انه خطب وقال ان الله تع بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا ان يقال ان عمر رض زاد في كتاب الله لكتبتها في حاشية المصحف وفي الحديث المعروف اي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة رض وابي هريرة وابن مسعود رض ففي الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان رض انه اشرف عليهم يوم الدار وقال انشدكم بالله اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث قال الترمذي حديث حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وابو داود والدارمي اه اخرجه البخاري عن فعله عمر من قول ابي قتادة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا قط الا في ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل او رجل زنى بعد احصان او رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك في رجم عمر وعلي رض ولا يخفى ان قول المخرج حسن او صحيح في هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالنظر الى القبول والحاصل ان انكاره انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنى او لفظا كسائر المسلمين الا ان انحرافهم عن الاحتياط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى

قال ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف **قال** فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط

علماء المسلمين والرواة او قعتم في جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة ولذا حين قالوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في كتاب الله الزمهم باعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا ايضا فعله هو والمسلمون **قوله** يخرجه الى ارض فضاء لان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني ماعزا بالمصلى وفي مسلم وابي داود فانطلقنا الى بقيع الغرقد كان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان واما ما في الترمذي من قوله فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتاول على انه اتبع حين هرب حتى اخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على انه انما صار اليها هاربا لا انه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض المعنيين **قوله** ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه في الشاهد من امتناع بعض الناس في ذبح الحيوان الحلال الاكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي ليس بشرط اعتبارا بالجلد يعني فانه اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود واجاب بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل احد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق اذا بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراطهم ابتداءهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع للحاقه واما اثبات المذهب فيقول على رض بناء على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل في الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسيأتي انما يصح بناء على ان الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمل احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس جزع الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا القطع بوجوب المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع ثبوت لان الثابت شبهة في الشهادة ولا شبهة الشبهة فيه لوحين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فانه به يظهر ان تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذا لم يكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا واما ثبوت ذلك عن علي رض فما اخرج ابن ابي شيبة ثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا رض كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم رجم هو ثم رجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس قال وحدثنا ابو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد بن عبد الرحمن بن عبد الله

وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

بن مسعود رضي الله عنه عن علي رضي الله عنه قال ايها الناس ان الزنا زناءان زنا السر وزنا العلانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمي قال وفي يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب عضلتها فاستدارت ورمى الناس وروى الامام احمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غائب بالشام فانها حملت فجاء بها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وانا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه احد لكان اول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من رماها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الاجلح عن الشعبي عن علي رضي الله عنه وفيه انه قال لها لعله وقع عليك وانت نائمة قالت لا قال لعله استكرهك قالت لا قال فامر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها اخرجها يوم الخميس وضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة واحاط الناس بها الحديث وفيه ايضا انه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف واورد ان اثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو خبر الواحد واصلاح الايراد انه تقييد القطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به والجواب ان الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرءه بالشبهة فاذا دل ظني على ان البداءة شرط لزم ان عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطع بوجوب درء هذا الحكم القطعي للشبهة وبموت الشهود يسقط او احدهم وكذا اذا غابوا او غاب احدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن ابي يوسف ان بداءتهم مستحبة لا مستحقة فلو امتنعوا او ماتوا او غابوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن اهلية الشهادة كما لو ارتد احدهم او عمي او خرس او فسق او قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء او بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان بعضهم مقطوع اليدين او مريضا لا يستطيع الرمي حضر يرمي القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وايضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا ان شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعي الايدي لم يستحق البداءة بهم واما هنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت او الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد شرطية بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك ان المعنى المسقط بجميع ما يبطل الشهادة ويسقط الحد ان يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه ابو يوسف لان سقوطه في الوجه الاول كان لان شرط الشهادة عدم الاقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم ان الامضاء من القضاء في الحدود فكان كالاول وخالفه محمد رح **قوله** وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه وهو ما ذكرناه آنفا وقوله ورمى عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه ابو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن ابي بكرة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى الثندوة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا الوجه فلما اطفئت اخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وانت تعلم انه لو تم امر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رضي الله عنه واعلم ان مقتضى هذا انه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو امرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه السلام لم يحضر بل رجمه الناس عن امره ويمكن الجواب بان حقيقته ما دل عليه

ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام لماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به ويأمر الامام بضربه

قوله على انه يجب على الامام ان يأمرهم بالابتداء احتمالا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان لم يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في امر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع ح ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط انه لزم من عدمه العدم لانه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه غير ممتنع فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ واعلم ان مقتضى ما ذكرنا انه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب ان يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما قالوا ويستحب لكل من رجم ان يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا ان يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصد ويكتفي بغيره فيه **قوله** ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به الخ روى ابن ابي شيبة عن ابي معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن ابي بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه واما صلاته عم على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه على الحديث بطوله الى ان قال ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر اتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في امر ماعز قال ثم امر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم ابو داود وصححه واما ما رواه ابو داود من حديث ابي برزة الاسلمي انه عم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن ابي بشر حدثني نفر من اهل البصرة عن ابي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلاته عليه لكن المثبت اولى من النافي لكن على اصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليله يساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك ان الصحابي اذا شهد الصلاة بتمامها يعلم عدم صلاته عليه عم فيطلب الترجيح بغير ذلك ومن هذا ذهب مالك الى انه يصلي عليه غير الامام والحاصل ان الصلاة عليه مشروعة لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام اثر شهادته يوم القيمة واما انه عم صلى على ماعز ففي حيز التعارض والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب انساب العرب غامد لبطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين اتت امرأة من جهينة **قوله** وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تع الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها اكثر ولولا تمكينها لم يزن وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهذا اولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رض وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين

بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك الى عمر رض ظني ولهذا والله اعلم قال علي رض فيما ذكرنا عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك انه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية ابي داؤد ورمي بالحجارة وسيأتي الكلام عليه **قوله** بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفي الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول هنا لما ذكر الطحاوي ان عليا رضه جلد الوليد بسوط له طرفان اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له لا عقدة عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا رضه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول اصلا بل احد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر روى ابن ابي شيبة ثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن انس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فيقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب رضه والحاصل ان المراد ان لا يضرب وفي طرفه يبس لانه يجرح او يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن ابي كثير ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت حدا فاقمه علي فدعا عم بسوط فاتي بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتي بسوط بين سوطين فقال هذا فاضرب به فجلد فرواه ابن ابي شيبة عن زيد بن اسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكره مالك في الموطا والحاصل ان يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذي يصير به ذنبين تعميما للمشترك في النفي لانه عين العدد وماتية ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان اولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا **قوله** بين المبرح وغير المؤلم فيكون مؤلما غير موجع فلزم انه اراد بالموجع المبرح والا لم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله **قوله** ينزع عنه ثيابه الا الازار لستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضي التجريد وقول المص لان عليا كان يأمر بالتجريد زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يأمر بالتجريد في الحدود وفيه بعد ما قال المخرج انه لم يعرف عن علي بل روي عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه اتي برجل في حد فضربه وعليه كساء قسطلاني قاعدا واسند الى المغيرة بن شعبة في الحدود اذا انتزع عنه ثيابه قال لا الا ان يكون فردا او محشوا واسند عن ابن مسعود لا يحل في هذه الامة تجريد ولا مد **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه لان جمعه في عضو قد يفسده واستثنى الرأس والوجه والفرج وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه مخرجون مرفوعا بل موقوفا عن علي رض انه اتي برجل سكران او في حد فقال اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب رض انه قال وقد اتي برجل اضرب واعط كل عضو حقه قال روينا هذا القول عن علي وابن مسعود

وقال ابو يوسف رحـ يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابى بكر رضـ اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك
فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد فى حربى كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب فى الحدود كلها قائما غير ممدود لقول على رضـ
يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على
الارض ويمد كما يفعل فى زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق

والنخعى رحـ انتهى ولا شك ان معنى ما ذكره المصـ فى الصحيحين من حديث ابى هريرة رضـ عنه عـ م قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه والمذاكير
ولا شك ان هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان فى حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه او هو فى
مقابلة حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا فى حد قتلا او غير قتل و
فى القتل صريح ما تقدم من رواية ابى داؤد من حديث ابى هريرة انه عـ م رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ثم قال ارموا
واتقوا الوجه وح فلا شك ان قول عمر وعلى رضـ اعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر بهذا مقتصرا عليه عام مخصوص لانهما
لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير وانما كان ذلك معلوما فلم يحتج الى ذكره على انه ذكر فى رواية غيره عن على رضـ كما حكيناه
آنفا بما سمعت فعلم ان ما اورده المصـ دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذى
ذكره وهو انه مجمع الحواس الباطنة فربما يفسد فهو اهلاك معنى وهذا من المصـ ظاهر فى القول بان العقل فى الرأس الا ان
يأول وهى مختلفة بين الاصوليين وما قيل فى المنظومة والكافى ان الشافعى يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله
صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية البينة والا فحد فى ظهرك غير ثابت فى كتبهم بل الذى فيها كقولنا وانما ذكر رواية عن مالك
انه خص الظهر وما يليه واجيب بان المراد بالظهر نفسه اى حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة من عمر وعلى وابن مسعود رضـ
وما استنبطناه من قوله عـ م اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وانه فى نحو الحد مما سواه داخل فى الضرب ثم خص منه الفرج
بدليل الاجماع وعن محمد رحـ فى التعزير يضرب الظهر وفى الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا فى جمعه بين الذكر
بمعنى الرجل حيث قال ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت
مفارقه وانما له مفرق واحد قوله وقال ابو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه بعد ان كان اولا يقول لا يضرب
كما هو المذهب لحديث ابى بكر رضـ الذى ذكره ورواه ابن ابى شيبة ثنا وكيع عن المسعودى عن القاسم ان ابا بكر رضـ اتى برجل
انتفى من ابيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودى مضعف ولكن روى الدارمى فى مسنده عن سليمان بن يسار ان
رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر واعد له عراجين النخل فقال له من انت
فقال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى ادمى رأسه
فقال يا امير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذى كنت اجد فى رأسى وهذا اينا فى جواب المصـ بان ذلك كان مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة
ابى بكر رضـ كانت فيه فان ضرب عمر رضـ الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب ابى بكر رضـ للذى انتفى من ابيه هذا واستثنى بعض المشائخ وهو رواية
عن ابى يوسف رحـ ايضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل فى البطن فكيف
بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل فى زماننا فى بيوت الظلمة ينبغى ان لا يضرب البطن قوله ويضرب فى الحدود كلها وكذا التعزير
قائما غير ممدود لقول على رضـ الخ روى عبد الرزاق فى مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن على رضـ قال
يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة فى الحد ولان مبنى الحد فى التشهير زجرا للعامة عن مثله والقيام ابلغ فيه والمرأة مبنى امرها

وان كان عبدا جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها قال وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضـ لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا

على الستر فيكتفي بتشهير الحد فقط بلا زيادة وقوله غير ممدود قيل المراد ان يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجلد وفيه زيادة الم وقد يفضي الى الجرح وكل ذلك لا يفعل فلفظ ممدود يعم في جميع معانيه لانه في النفي مجاز تعميمه فان امتنع الرجل فلم يقف ويصير لا باس بربطه على اسطوانة او يمسك قوله وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء وهو ايضا مما يعرف من اول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فرجع به الى دلالة النص بناء على انه لا يشترط في الدلالة اولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب المذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان في تزوج الاماء بقوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المومنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن اقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط اعني الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة احصنوا او لم يحصنوا واسند ابو بكر الرازي الى ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون ان لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وابو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم من احصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس رضـ وطاؤس رضـ ان لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا انه غير صحيح وقرئ فاذا احصن بالبناء للفاعل وتاول على معنى اسلمن وحين الزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا احصن لزم ان لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لان الجناية عند توفر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ الا ترى الى قوله سبحانه يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين قوله والرجل والمرأة في ذلك سواء لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم اولا فعلى كل الجلد او احدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة او الاقرار يكون على ما شرط وقوله غير ان المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا المحشو والفرو ولان في تجريدها كشف العورة لان بدنها كله عورة الا ما عرف وجهه ظاهر وتضرب المرأة جالسة لما روينا يعني من كلام علي رضـ ولانه استر لها قوله فان حفر لها في الرجم جاز لهذا ولذلك حفر عم للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وفتحها مع الواو مفتوحة ثدي الرجل ولحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين وما قيل الثدي للمرأة والثندوة للرجل غير صحيح بحديث الذي وضع سيفه بين ثدييه وكذا حفر علي رضـ لشراحة الهمدانية بسكون الميم وهي قبيلة كانت جيدة على رضـ وقد مدحهم وقال في مدحه لهم فلو كنت بوابا على باب جنة لقلت لهمدان ادخلوها بسلام وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية احمد عن الشعبي انه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف ان ترك الحفر لم يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يامر بذلك يعني لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عم حفر للغامدية ومعلوم ان ليس المراد الا انه امر بذلك فيكون مجازا عن مجرد الاذن كانت مناقضة غريبة فان شانها انما يقع عند بعد العهد اما معه في سطر واحد

ولا يجرد في الرجم لانه عليه السلام ما جرد ماعزا ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رح له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه

تغريب وهو ههنا كذلك **قوله** ولا يحفر للرجل لانه عم لم يحفر لماعز وتقدم من رواية مسلم وتقدم من رواية ايضا من حديث ابي بريدة الاسلمي انه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة **قوله** ولان مبنى الحد على التشهير في الرجال لا حاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبني على التشهير غير انه يزاد في شهادته [تشهيره] في حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفي في المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجمع الامام والناس خصوصا في الرجم واما في الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين اي الزانية والزاني فاستحب ان يامر الامام طائفة اي جماعة ان يحضروا اقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس رض واحد وبه قال احمد وقال عطاء واسحاق اثنان وقال الزهري ثلثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك اربعة واما قوله والربط والامساك غير مشروع فلما تقدم من قول ابن مسعود رض ليس في هذه الامة تجريد ولا مد ولان ماعزا انتصب لهم قائما لم يمسك ولم يربط الا ان لا يصبر واعياهم فحينئذ يمسك ويربط فاذا هرب في الرجم وان كان مقرا لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل في اقراره لا في رجوع الشهود وذكر الطحاوي في صفة الرجم ان يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلوة كلما رجمه صف تنحوا ولم يذكره في الاصل بل في حديث علي رض في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الاجلح عن الشعبي وفيه احاط الناس بها واخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلوة صفا خلف صف الى ان قال ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد في مسجد باجماع الفقهاء ولا التعزير الا ما روي عن مالك انه لا باس بالتاديب في المسجد خمسة اسواط قال ابو يوسف اقام ابن ابي ليلى الحد في المسجد فخطاه ابو حنيفة وفي الحديث انه عم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها في جمعكم وضعوا على ابوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد **قوله** ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي ومالك واحمد يقيمه بلا اذن وعن مالك الا في الامة المزوجة واستثنى الشافعي من المولى ان يكون ذميا او مكاتبا او امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة او قطع الطريق او قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص يعم لاطلاق الخبر وفي التهذيب الاصح ان القتل والقطع الى الامام لهم ما في الصحيحين من حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا ادري بعد الثالثة او الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم ولانه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحدود ولان له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الامام من التصرف فيملك الاقامة عليه اولى من الامام ولنا ما روى الاصحاب في كتبهم عن ابن مسعود رض وابن عباس رض وابن الزبير رض موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفئ ولان الحد خالص حق الله تعالى فلا يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فانما يستوفيه نائبه مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على انه استناب في حقه الموالي منه على الارقاء مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا نعلم انه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو امر به غيره كان ممتثلا فجاز كون المراد ذكره الامام ليامر باقامته لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من

قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ

قول الشاميّ اقيموا على فلان الحد على فلان او اجلدوا فلان فلانة والمتبادر انه باشرته او امر به على ان المتبادر احد دائر فيهما لا في ثلاثة بهما هذان مع رفعه الى الحاكم ليحده نعم من استقرأ اعتقاده على ان اقامة الحدود الى الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غيره كما سيأتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى ليحصنكم من بأسكم فاطلق في استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه ان ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال احصنت اي عفت واحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان سبعة وعد ما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة والى ذلك اشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول انتهى واختلف في اثنين من هذه الاسلام وسيذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل امة او صبية او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد او مجنون او صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها ثم قبل ان يدخل بها بعد الاسلام اي يطأها زنى لا يرجم وكذا لو اعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا اسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم ان الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي ان تكون بيانية اي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل ان الاحصان الذي هو شرط الرجم هي المأثورة في اجزائه وهو هيئة تكون باجتماعها فهي اجزاء علة وكل جزء علة واحد شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا وقياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كما ان الحد لا يثبت قياسا فكذا شروطه لانا نقول بل يجب ان يثبت شروطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد اما لعدم المعقولية او لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا لايجابه بقي الشأن في تحقيقه وقد اثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله بانها من جلائل النعم فان من النعم كون كل من الزوجين مكافيا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال وقد شرع الرجم بالزنا عندنا استجماعها فيناط به اي باستجماعها وان انيط بكلها يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور اثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم تماثلها شبهة في قصور الصارف فيندرئ به وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا لكمال اندفاع حاجته الى الوطي عنده فكونه بالغا لان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي

والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رح في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن

محل لنفرة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه منها وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين فاذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عنده افحش فناسب كون العقوبة اغلظ فشرعت كذلك وهو الرجم عند اجتماعها فيثبط به اي بالاستجماع لها بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالراي ممتنع ووجه عدم اعتبارها في تكميل العقوبة انها لا مدخل لها في تكميل الصارف وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر واورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ما ذكر في نفرة المسلم اجيب بان يكونا كافرين فيسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الاسلام عليه واباءه وما لم يفرق القاضي بينهما باباءه هما زوجان قوله والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام اي في الاحصان وكذا ابو يوسف رح في رواية وبه قال احمد وقول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر ان اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان امرأة منهم ورجلا زنيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التورية في شان الرجم فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فوضع احدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فامر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا واجاب المصنف بانه انما رجمهما بحكم التورية فانه سألهم عن ذلك اولا وان ذلك انما كان عند ما قدم عليه الصلوة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراط الاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحاق بن راهويه في مسنده اخبرنا عبد العزيز بن محمد ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن قال اسحق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة من طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه غير اسحاق بن راهويه ويقال انه رجع عن ذلك والصواب انه موقوف قال في الغاية ولفظ اسحاق كما ترا ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه ومرة اخرجه مخرج الفتوى ولم يرفعه ولا شك ان مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من انه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك اذا خرج من طريق فيها ضعف لا يضر واما قوله عم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله اعلم به بمعناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي بكر بن ابي مريم عن علي بن ابي طلحة عن كعب بن مالك انه اراد ان يتزوج بيهودية فقال له عم لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن ابي مريم وعلي بن ابي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن ابي طلحة عن كعب وهو منقطع وانت تعلم ان الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه اول هذا الشرح والله اعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى لفصل المصنف بين الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وهما في معنى عرض واحد وهو الاحتجاج عن ابي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هذا لما ذكرنا واعلم ان الاسهل مما ادعى ان يقال حين رجمهما بان كان الرجم ثبتت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله عم ما تجدون في التوراة في شان الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وانما يحكم بما انزل الله اليه وانما سألهم عن الرجم في التورية ليبكتهم بتركهم ما انزل عليهم فحكم

والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رحمه الله يخالفنا في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد **قال** ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه **قال** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام

برجمها بشريعة الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ يعرف به فتقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه او تاخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول مقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو ان تقديم هذا الفعل يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في ايجاب الحد والاولى في الحدود ترجيح الدافع عن التعارض ولا يخفى ان كل مرجح فهو محكوم بتاخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين **قوله** والمعتبر في الدخول المحقق للاحصان الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وهو تغييب الحشفة فقط انزل او لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وهو قول مالك والشافعي ورواية عن احمد ويجمع في رواية اخرى عنه واهل الظاهر كذلك للجمهور انه عليه السلام لم يجمع وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف تظافرت الطرق عنه عليه السلام انه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد احد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عليه السلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم او رمي بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال ولان الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار او قصد الانزجار لان القتل اذا كان لاحقا كان الجلد خاليا عن الفائدة الدنيوية التي لها شرع الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان اولا الاذى باللسان على ما امر به تعالى من قوله واللذان ياتيانها منكم فآذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى ان ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه فان لم نعلم خصوص الناسخ واما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها او هو راي لا يقاوم اجماع الصحابي ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما وكذا احمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد اقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب اصلا واما تغريب المرأة فمع محرم واجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول وهو امتنع ففي قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله عليه السلام خذوا عني الحديث **قوله** لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام اخرجه مسلم وابو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه عليه السلام خذوا عني الحديث وتقدم لان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المسارة من ساوده اذا ساره ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا شارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ الفهم انه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان ابعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء للشرط فيفيد ان الواقع هذا فقط

ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولأن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رض كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراى فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رض

فلو ثبت معه شيء آخر كان مثبته معارضا لا مثبتا لما سكت عنه الكتاب وهو الزيادة الممنوعة واما ما يفيده كلام بعضهم من ان الزنا بخبر الواحد اثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا لبطلت اكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا بمجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المامور به في القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك انه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يثبته القرآن ولم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف ممن ان الاطلاق مما يراد ويقد دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ يفاد المعنى فاذا وان الاطلاق يراد بالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما اثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك ان هذا نسخ وخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب فظن المعترض ان الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييد التربص والا لو تربصت ولم تحد من يربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة لانها اثبت الحديث واجبا الا انه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه ان هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رح عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستانسا بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا النصف الآخر وانت تعلم ان هذا ليس بلازم بل يجوز بان يروى اخبار بعضها منسوخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى انه آحاد لا مشهور وتلقي الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من اخبار الآحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطي من ظنه يصير قطعيا وادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما عرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك انه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك اليها فاحرى ان لا ينسخ ما افاده الكتاب من ان جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لان الكتاب ساكت من نفي التعذيب فكيف وليس فيه ما يدل على ان الواجب من التعذيب يلحق الحد فان اقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام واقامة الحد ظاهر في ان النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيد وجاز كونه تعزيرا لمصلحة واما مالك رح فراى ان الحديث ما دل الا على الرجل لقوله البكر بالبكر فلم تدخل المراة ولا شك انه كغيره من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وايضا فان نفس الحديث يجب ان يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على ان النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى الا ترى الى قوله البكر تستاذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بان في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعن تستحيي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم باودها ولا شك ان هذا المعنى في افضائه الى الفساد ارجح مما ذكره من افضاء قلة المعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد احوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود رض في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال علي بن ابي طالب رض حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال غرب عمر رض ربيعة بن امية بن خلف في الشراب

وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم لأن الإتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي إلى هلاك الولد وهو نفس محترمة وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها أي ترتفع يريد به تخرج منه لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة رح أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي أنه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الإقرار لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله أعلم

إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا أغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الإمام مصلحة في التغريب تعزيرا له أن يفعله وهو محل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة من أبي بكر وعمر وعثمان وفي الترمذي ثنا أبو كريب ويحيى بن أكثم قالا أنبأنا عبد الله بن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن أبا بكر رض ضرب وغرب وأن عمر رض ضرب وغرب إلا أنه قال حديث غريب هكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن إدريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ابن إدريس عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر رض ضرب وغرب الحديث وهكذا روي في رواية ابن إدريس عن عبيد الله بن عمر ومن رواية محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبي سعيد الأشج عن ابن إدريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب لكن رواه النسائي ثنا محمد بن العلاء ثنا عبد الله بن إدريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسأل عنه لثقته وشهرته وقال أيضا عندي أن الحديث صحيح ولا يمتنع أن يكون عند ابن إدريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا بين الحفاظ وأما عن أبي بكر رض وعمر رض فلا اختلاف فيه وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطأ وأما روايته عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة ثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار عن مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها إلى مولى يقال له المهدي إلى خيبر نفاها إليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا كما غرب عمر رض نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة هل من سبيل إلى خمر فأشربها أم من سبيل إلى نصر بن حجاج إلى فتى ماجد الأعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشائخ السلوك المحققين رضي الله عنهم وحشرنا معهم يغربون المريد إذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد ومن هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب لأن هذا في ندم وشدة وإنما زال زلة لغلبة النفس أما من لم يستحي وله حال عنهم عليه لغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه **قوله** وإذا زنى المريض وحده الرجم بأن كان محصنا حد لأن المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب إليه وإن كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ لأن جلده في هذه الحالة قد يؤدي إلى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان خداجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الأيمان أنه لا بد من وصول كل شمراخ إلى بدنه وكذا قيل لا بد أن يكون مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر إلى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجديد المحدود ظاهر لأنه قد يمرض أما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد يجرح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تأخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فإنه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين **قوله** وإذا زنت الحامل لا تحد حتى تضع حملها وجلد كيلا يؤدي إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة لأنه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت أو كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد ولو طالت في التأخير وتقول لم أضع بعد أو شهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى النساء ولا يقبل قولها فإن قلن هي حامل أجلها حولين فإن لم تلد رجمها ثم الحبلى تحبس إن ثبت زناها بالبينة

باب الوطى الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه

قال الوطى الموجب للحد هو الزنا وانه فى عرف الشرع واللسان وطى الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك

الى ان تلد وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن ابى حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم فى حديث الغامدية انه ردها حتى تستغنى فرجعت ثم جاءت وفى يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفى حديث آخر قال اذهبى حتى تضعى ما فى بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقال رجل من الانصار الىّ رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضى انه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان فى مسلم وهذا اصح طريقا لان فى الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقد يحتمل ان يكون امرأتين ووقع فى الحديث الاول نسبتها الى الازد وفى حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة وفيه رجمها بعد ان وضعت

باب الوطى الذى يوجب الحد والذى لا يوجبه لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود وكان الحد هو المقصود الاصلى فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم اراد تقديم حد الزنا فقدمه واعطى احكامه لانها هى المقصود وذلك بثبوت سببه وحاصل احكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذى هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب ثانيا وان كان بالنسبة الى التحقق فى الوجود اولا فاخر المص تعريفه الى ان فرغ من المقاصد الاصلية وذكر ان الزنا فى عرف اهل اللغة والشرع يعنى لم يزد عليه فى الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطى الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك وهذا لان فى اللغة معنى الملك امر ثابت قبل مجئ هذا الشرع وان كان هو فى نفسه امرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة وان الناس لا يتركوا سدى فى وقت من الاوقات فيكون معنى الملك امرا مشروعا من بعث آدم او من قبل بعثه بوحى يخصه او يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا فى الوجود الدنيوى سواء كانت اللغة عربية او غيرها مخصوصة بالدينى فان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى فى الدينى والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك فى انه تعريف الزنا فى اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو اعم والموجب للحد منه بعض انواعه ولذا قال عم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على ان فعله زنا وان كان لا يحد به فلولا قول المص الموجب للحد هو الزنا وهو فى عرف الشرع الخ لصح التعريف ولم يرد عليه شئ لكنه لما كان ذلك كان ظاهرا فى قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وح يرد على طرده وطى الصبية التى لا تشتهى ووطئ المجنون والمكره بخلاف الصبى فان الجنس وطى الرجل فالاولى فى تعريفه انه وطى مكلف طائع مشتهاة حالا او ماضيا فى القبل بلا شبهة ملك فى دار الاسلام فخرج زنا الصبى والمجنون والمكره والصبية التى لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطى العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا فلا يصدق عليه جنس التعريف وما اجيب به من ان زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه ان لها زنا حقيقة وان ذلك التمكين هو مسمى زناها لغة وتسمى هى زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك فى انه لا يشمله الجنس الذى هو وطى المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة ففساد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو فى الوجود الخارجى والكلام فى تناول اللفظ وان اريد انها لا تسمى زانية حقيقة اصلا وان تسميتها فى قوله تعالى الزانية والزانى بطريق المجاز ولا حاجة الى انه تبع بل لا يجوز ادخاله فى التعريف وعلى هذا كلام السرخسى والمص وغيرهما فى مسئلة ما اذا مكنت البالغ

لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهته تؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية

العاقلة المسلمة مجنونا او صبيا على قول ابى حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سياتى وبما ذكرنا يظهر فساد ما اجاب بعضهم بان فعل الوطى امر مشترك بينهما واذا وجد فعل الوطى بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هذه واطئة ولذا سماها سبحانه زانية واعجب من هذا الجواب انه قال في الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بان وطيه ليس يصدق على تمكينها بهو لهو فاذا جعل الجنس وطيا الرجل كيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئى الخارج اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعى فعلا آخر منها اذا كانت طائفة لا يقتضى ان اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق انها ان كانت زانية حقيقة واريد شمول التعريف لزناهما فلابد من زيادة قوله او تمكينها بل يجب ان يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة او تمكينه من ذلك او تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين فذخلها

وقوله لانه فعل الى آخره تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته في الزنا اى انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلابد في تحقيقه من ذلك وقوله يؤيد ذلك الحديث اى يؤيد الامرين معا وذلك انه لما افاد عدم الحرمة المطلقة لسبب درء الحد بالشبهة افاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق اولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر انه في الخلافيات للبيهقى عن على رضه وهو في مسند ابى حنيفة رح عن مقسم عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات واسند ابن ابى شيبة عن ابراهيم هو النخعى قال عمر بن الخطاب رض لان اعطل الحدود بالشبهات احب الى من ان اقيمها بالشبهات واخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رض قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرءه ونقل عن ابن حزم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد بعد ثبوته لا يحل ان يدرء بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شئ بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها واعلى ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن ابى شيبة فانها معلولة باسحاق بن ابى فروة فاما التمسك بما في البخارى من قوله عم ومن اجترء على ما يشك فيه من الاثم اوشك ان يواقع ما استبان والمعاصى حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فانما معناه ان من جهل حرمة شئ وحله فالورع ان يمسك عنه ومن جهل وجوب امر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل اوجب الحد ام لا وجب ان يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف في هذا الحكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه ان بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابى حمل على الرفع وايضا في اجماع فقهاء الامصار على ان الحدود تدرء بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وايضا تلقته الامة بالقبول وفي تتبع المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسئلة فقد علمنا انه عم قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه ان يقول نعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها تركه والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذى جئ به اليه اسرقت ما اخاله سرق وللغامدية نحو ذلك وكذا قال على رض لشراحة على ما اسلفناه لعله وقع عليك وانت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك وانت تكتمينه وتتبع مثله من كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ومعلوم ان هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار به الثبوت وهذا هو الحاصل من هذا الكلام

فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق لقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت فى الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا فى الاولى وانما يسقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتحقق فى الثانية فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهى فى العدة وبائنا بالطلاق على مال وهى فى العدة وام ولد اعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى فى حق العبد والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود ففى هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لى ولو قال علمت انها على حرام وجب الحد والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة فى حق البائع قبل التسليم والممهورة فى حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الرهن ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها على حرام

ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشاك فيه شاكا فيه فلا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه فانما يقع الاختلاف احيانا فى بعض ما هى شبهة صالحة للدرء او لا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء فى تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية الشبهة ثلاثة اقسام فى المحل والفاعل والجهة اما الشبهة فى المحل فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وامته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطئ امته المحرمة عليه برضاع او نسب او صهرية كاخته او بنته منها او امه من الرضاع وموطوءة ابيه او ابنه يجب الحد على الاظهر واما الشبهة فى الفاعل فمثل ان يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا انها امرأته فلا حد واذا ادعى انه ظن ذلك صدق بيمينه واما الشبهة فى الجهة فقال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء واباح الوطء بها لا حد فيها وان كان الواطئ يعتقد التحريم كالوطء فى النكاح بلا ولى وبلا شهود واصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة اى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك اى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل **قوله** فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه اى من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل فى السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه انه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة اصلا لفرض ان لا دليل اصلا لتثبت الشبهة فى نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة اصلا والثانية وهى الشبهة الحكمية تتحقق لقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته لقوله عم انت ومالك لابيك سواء ظن الحل او علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة فى نفس الامر علمها احد او لم يعلمها **قوله** والحد يسقط بالكل منهما لاطلاق الحديث يعنى قوله ادرؤا الحدود بالشبهات **قوله** والنسب يثبت فى الثانية اى فى شبهة المحل اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا لفرض ان لا شبهة ملك الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو امر راجع اليه اى الى الواطئ لا الى المحل وكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلث يثبت النسب منها لانه وطء فى شبهة العقد ويكفى ذلك لاثبات النسب وفى الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغى ان يكون كالمطلقة ثلثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلث او خلع ليس باعتبار وطء فى العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا ان النسب فيها يثبت الى اقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعنى لانه اذا كان لاقل من سنتين امكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامها وانت علمت فى باب ثبوت النسب انها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه اما اذا ادعاه فلانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطء فى العدة لشبهة والكلام هنا مطلق فى عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل احد النصين على ما هو الاولى فى النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقى محال شبهة الاشتباه كجارية ابيه وامه ونحوهما فانه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع ان يطأ جارية ابيه وكذا جده وجدته وان عليا او زوجته او المطلقة ثلثا فى العدة بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهى من الحكمية او ام ولد التى اعتقها وهى فى عدتها والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة فى كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن فى هذه بمنزلة المرتهن ففى هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لى ولو قال علمت انها حرام على وجب الحد ولو ادعى احدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة لان الشبهة

ثم الشبهة عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطيها في العدة وقال علمت انها على حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف

اذا ثبت في الفعل من احد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطيها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهرا اذا وطيها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيهما لم يستقر للزوج والمشتري والمالك كان مسلطا على وطيها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل متزلزل والمشتركة بين الواطي وغيره والمرهونة اذا وطيها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت انها ليست بالمختارة ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها على حرام لان المانع هو الشبهة وهي ههنا قائم في نفس الحكم اي الحرمة القائمة بها فيها شبهة انها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك ونحوه والاعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن ان لا يحد وفي كتاب الحدود يحد ولا يعتبر ظنه لانه استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطي جارية الميت ووجه عامة الروايات انه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود ان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستاجرة للخدمة ومقتضاه ان يجب الحد وان اشتبه الا ان ملك العين في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن في الرهن سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف المبيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك مع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة ثم زاد وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطي البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي ان يزاد جارية التي هي اخته من الرضاع وجارية قبل الاستبراء والاستبراء يفيد كغير ذلك ايضا كالزوجة التي حرمت بردتها او بمطاوعتها لابنه او جماعه امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن ان يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيها قوله ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول ابي حنيفة تثبت بشبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد ان يطأ التي تزوجها بغير الشهود او بغير اذن مولاها وهي امة او وطي العبد من تزوجها بغير اذن مولاها قال ولو تزوج امة على حرة او مجوسية او خمسا في عقد او جمع بين اختين لو وطي وقال علمت انها حرام لا حد عليه عند ابي حنيفة وعندهما يجب الحد قوله وقد نطق الكتاب لانتفاء الحل فاذا قال فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه اي في الحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها لانه خلاف بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر لا اختلاف كائن بين الامة حال تردد الموافقة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه في اول كتاب الطلاق من ان اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر رض على ذلك وان الاحاديث الواردة في انها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما اعلم فيما سلفناه

ولو قال ظننت انها تحل لي لايحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رض فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولاحد على من وطي جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه

وصح عن علي رض وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لايخفى ان ترتيب المص بالفاء في قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل في الكتاب ما اذا وقع الث لنشتبه بعد ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص قوله ولو قال ظننت انها تحل لي لايحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم لقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها وكذا يحرم عند نكاح اختها واربع سواها ويمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن ان يقيس حل الوطي على بعض هذه الاحكام فيجعل الاشتباه عليه عذرا في سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطي امرأة اجنبية وقال ظننت انها تحل لي جارية اجنبية على ما ياتي لانه في غير موضعه قوله وام الولد اذا اعتقها مولاها وهي في العدة والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلثا لثبوت الحرمة بالاجماع يريد حرمته ان يطأها في العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان قال انت خلية او امرك بيدك فاختارت نفسها ونحوه ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لايحد لاختلاف الصحابة بالكناية فمن مذهب عمر رض انها اي الكنايات رجعية وكذا عن ابن مسعود وفي مصنف عبد الرزاق ثنا الثوري عن منصور ثني ابراهيم عن علقمة والاسود ان ابن مسعود رض جاء اليه رجل فقال كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من امري بيدي لعلمت كيف اصنع قال فقلت لها قد جعلت امرك بيدك فقالت انا طالق ثلثا قال ابن مسعود اراها واحدة فانت احق بالرجعة وسألت امير المومنين عمر رض فقال ماذا قلت قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال فانا ارى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم تصب واخرج ابن ابي شيبة عنهما في مصنفه انهما قالا في البرية والخلية وهي مطلقة واحدة وهو املك برجعتها فاخرج محمد بن الحسن في الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي ان عمر بن الخطاب رض وعبد الله بن مسعود رض كان يقولان في المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها املك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية انها ثلث على ما اخرجه عنه ابن ابي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها انها واحدة او ثلث والله اعلم وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا او طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فان لم يقل احد ان المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلثا بالكناية فوقعن فوطيها في العدة عن الطلاق الثلث وقال علمت انها حرام لايحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف ان تحققها لقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره ابو حنيفة حتى لم يحقق النجاسة به فوجهه ان قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما ان قوله عم انت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة تغو فيقال مطلقة ثلث وطيت في العدة وقال علمت حرمتها لايحد وهي ما وقع الثلاث عليها بالكناية قوله ولاحد على من وطي جارية ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابيه حال قيام ابنه وتقدمت المسئلة في باب النكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجة عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وابي يريد ان يجتاح مالي قال انت ومالك لابيك واخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل الى النبي عم فقال يا رسول الله ان ابي يريد ان ياخذ مالي فقال عم ادعه الي فلما جاء قال عم ان ابنك يزعم

واذا وطی جاریة ابیه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لی فلا حد علیه ولا علی قاذفه وان قال علمت انها علی حرام حد وكذا العبد اذا وطی جاریة مولاه لان بین هؤلاء انبساطا فی الانتفاع فظنه فی الاستمتاع محتمل فكانت شبهة اشتباه الا انه زنا حقیقة فلا یحد قاذفه وكذا اذا قالت الجاریة ظننت انه یحل لی والفحل لم یدع فی الظاهر لان الفعل واحد

انك تاخذ ماله فقال سله هل هو الا عماته او قراباته او ما انفقه علی نفسی وعیالی قال فهبط جبریل عم فقال یا رسول الله ان الشیخ قال فی نفسه شعرا لم تسمعه اذناه قال عم قلت فی نفسك شعرا لم تسمعه اذناك فهاته فقال لا یزال یزیدنا الله بك بصیرة ویقینا ثم انشأ یقول ؎ غذوتك مولودا ومنتك یافعا + تعل بما اجنی علیك وتنهل + اذا لیلة ضافتك بالسقم لم ابت + لسقمك الا ساهرا اتململ + تخاف الردی نفسی علیك وانها + لتعلم ان الموت حتم موكل + كانی انا المطروق دونك بالذی طرقت به دونی فعینای تهمل + فلما بلغت السن والغایة التی الیك مراما فیك كنت اؤمل + جعلت جزائی غلظة وفظاظة + كانك انت المنعم المتفضل + فلیتك اذ لم ترع حق ابوتی فعلت كما الجار المجاور یفعل + قال فبكی صلعم ثم اخذ بتلبیب ابنه وقال اذهب انت ومالك لابیك وروی حدیث جابر الاول من طرق كثیرة وقول المص بعد هذا ویثبت النسب یقتضی باطلاقه ان یثبت نسب ولد الجاریة من وطی والده وجده وان كان ولده الذی هو سید الامة حیا فانه قال فی وضع المسئلة لا حد علی من وطی جاریة ولده وولد ولده ثم قال ویثبت النسب ای من واطی جاریة ولده وولد ولده لكنه انما اراد من واطی جاریة ولده فقط بدلیل قوله وعلیه قیمة الجاریة وهو فرع تملكها والجد لا یتملكها حال حیوة الاب وما وقع فی نسخ النهایة مما نقله عن خزانة الفقه لابی اللیث رح اذا زنی بجاریة نافلته والاب فی الاحیاء وقال ظننت انها علی حرام لا یحد ویثبت النسب یجب الحكم بغلطه وانه سقط علیه لفظة لا لان جمیع الشارحین لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس ابی اللیث صرح فی شرح الجامع الصغیر انه لا یثبت لانه محجوب بالاب وصرح به فی الكافی وفی المبسوط ان من وطی جاریة ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حیا لم یثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستیلاد تبتنی علی ولایة نقل الجاریة الی نفسه ولیس للجد ولایة ذلك فی حیوة الاب ولكن ان اقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم انه ثابت النسب من الجد وانه عمه فیعتق علیه بالقرابة ولا شئ علی الجد من قیمة الامة لانه لم یتملكها وعلیه العقر لان الوطی ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمیة وهی البنوة فیجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان فی حیوة الاب وانه لم یكن للجد عند ذلك ولایة نقلها الی نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة اشهر فهو مصدق فی الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب فی الولایة فله ان ینقلها الی نفسه بدعوة الاستیلاد

قوله واذا وطی جاریة ابیه او امه او زوجته وقال ظننت حلها لی فلا حد علیه ولا علی قاذفه وزفر یحده لقیام الوطی الخالی عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاویله الفاسد كما لو وطی جاریة اخته او عمته علی ظن الحل وكذا اذا وطی جاریة مولاه فقال ظننت حلها لا یحد وان قال علمت حرمتها حد لان بین هؤلاء ای بین الانسان وبین ابیه وامه وزوجته والعبد وامة سیده انبساطا فی الانتفاع فظن ان معه الاستمتاع بخلاف ما بین الانسان واخیه وعمه علی ما یاتی فكان شبهة اشتباه الا انه زنی حقیقة فلا یحد قاذفه وقوله وكذا الجاریة ای اذا قالت الجاریة ظننت ان عبد مولائی او ابن مولائی او مولائی یحل لی او زوج سیدتی وكذا فی الاخریین والفحل لم یدع ذلك لا یحد فی ظاهر الروایة لان الفعل واحد وروی الحسن عن ابی حنیفة انه یحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت فی التبع وهی المرأة لانها تابعة للزنا فلا تكون متمكنة

وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا
ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولأنه
اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع الاشتباه إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه
إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لأنه لا اشتباه
بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا إذا كان
أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره إلا إذا كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل

في الأصل بخلاف ثبوتها في جانب العبد إذا قال ظننت علما لأن الثبوت في الأصل يستتبع التبع وأجيب بأن الفصل لما كانت والمرأة تبعية
كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه وأورد عليه ما في البالغ بصبية يحد هو دونها أجيب بأن سقوط الحد عن الصبية لا لشبهة
في الفعل فإنه لم يثبت شبهة فوجب الحد عليه وإنما تعذر إيجابه عليها لأنها ليست أهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فإن الشبهة لما تحققت
في الفعل ثبت الحد عنها فيه وإذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب الولد إذا جاءت به جارية الزوجة وغيرها وإن صدقته الزوجة أنه ولده **قوله** فإن وطئ جارية أخيه
أو عمه ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى
هذا أنه علم أن الزنى حرام لكنه ظن أن وطئه هذه ليس زنى محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام وإنما يفيد
مسئلة الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت إليه ويحد وإن كان فعله أول يوم دخل الدار لأن الزنا
حرام في جميع الأديان والملل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو
أراد أن المعنى أن شرط الحد في نفس الأمر علمه بالحرمة في نفس الأمر فإذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لأن الشرع لما
أوجب على الإمام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الأمر لأنه لا معنى لكونه واجبا في نفس الأمر إلا وجوبه على الإمام
لأنه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الأمر بينه وبين الله تعالى التوبة والإنابة ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته وجب الحد
على الإمام هذا وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر أن بينهما انبساطا أجيب بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز ودخولهم في
بيت بعض بلا حشمة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع أما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهة وهو ثابت هنا **قوله** ومن زفت
أي بعثت إليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر وهذه إجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة
اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بأنه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالأوجه أنها شبهة
دليل فإن قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فإن قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطء الأمة إذا جاءت إلى رجل
وقالت مولاي أرسلني إليك هدية فإن كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب على المزفوفة العدة **قوله**
ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف فإن إحصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمد دليلا ولذا
يثبت النسب والمهر بإجماع الصحابة فيكون وطئا حلالا ظاهرا وأجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا في إيراث الشبهة دافعة
لسقوط الحد لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لأن في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا
والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا تثبت النسب وإن اعتبر شبهة محل اقتضى أنه
لو قال علمتها حراما علي لا يحد لكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الإخبار
يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لأن الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك
لأبيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه يستثنى من الحكم المرتب عليها أعني عدم ثبوت النسب للإجماع فيه و
بهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين **قوله** ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد خلافا للأئمة

ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله لكنه يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات

الثلاثة مالك والشافعي واحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا ان المسقط شبهة وهنا اصلا سوى ان وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من حبائبها الزائرات وقراباتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل وكان كالوطء المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا لو وطئها فانه يحد قال وكذا اذا كان اعمى لان الموجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه وتمييزه يحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيحد ايضا الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل وجازت شابة النغمة خصوصا لو لم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت انا زوجتك لانها لو لم تقل بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز باكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في الطمأنينة المنقوصة الى انتهى قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامه وابنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هي اشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير وقال والشافعي اي ابو يوسف ومحمد والشافعي ومالك واحمد يجب حده اذا كان عالما وكان يجب ان يوسط الضمير المنفصل فيقول فقالا هما والشافعي لما عرف ان العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا ان يفصل بضمير منفصل او غيره على قول والانشاد ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع او صهرية متفق عليه واما غير ذلك ففي الكافي للحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقة الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج امة على حرة او تزوج مجوسية او امة بلا اذن سيدها او تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد وفي بعض الشروح اراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة والاخت المرأة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد والامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذه لا يجب الحد عند ابي حنيفة رحمه الله وان قال علمت انها علي حرام وعندهما يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال لكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الا على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح في محل الخلاف فعندهما يحد واضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحريم على التأبيد لكن جعل حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها لان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي ان لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لانها ليست بمحرمة على التأبيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما ان حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو اسلمت حلت كما ان تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما انه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك قال مثل ان يتزوج مجوسية او خامسة او متعة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها

ولابي حنيفة رح ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات بني آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد ايضا ويوجع عقوبة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى جنب الفتاله فهم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول ابي حنيفة ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرفت في الروايات وفي مسئلة المحارم رواية عن جابر رض انه تضرب عنقه ونقل عن احمد واسحاق واهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ما اذا كانت امرأة ابيه قصر الحديث الآتي على مورده ولا حد لضرب عنقه في رواية اخرى ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له اين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة ابيه ان اضرب عنقه واخذ ماله وهذا الحديث رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن روى ابن ماجة عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه واجيب بان معناه انه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب العنق واخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة ابيه ان يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على انه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك انه ذكر في الحديث عرس بها والتعريس بها لا يستلزم وطيه اياها وغير الوطي لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يخلو من نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطي كان قتله جائزا كونه لوطيه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بانه ايضا لا يتعين كونه للوطي فلا دليل فيه على احدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا اجاز فيه احد الامرين انه للاستحلال او امر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القائل بالحد انه وطي في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطي اهل للحد عالم بالتحريم فتجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا يوجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة كما لو اكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف ان هذا العقد يوجب شبهة أم لا فعندهم لا لما ذكر وعند ابي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على انه ورد على ما هو محله او لا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحل بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبتامل يسير يظهر انهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها ارادوا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد اي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره لعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو من حيث اثبت محليتها اراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده فان قلت فقد اطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله في الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح انثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب ان المراد نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وانت علمت ان ابا حنيفة انما اثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في ان اي الاعتبارين في ثبوت المحلية اولى لكونه قابلا للمقاصد او كونه حلالا ان نظرنا الى المعنى وهو ان الاصل ان يتبع المحل قيام الحاجة لتندفع به وهو المقصود ترجح قوله او الى السمع اعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع ما اهنا انما فيها عدم الحل ترجحا او قد رجح قول ابي حنيفة رح لقوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر

ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شئ مقدر ومن اتى امرأة فى الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابى حنيفة رح ويعزر وقال فى الجامع الصغير ويودع فى السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولى الشافعى رح وقال فى قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه فى معنى الزنا لانه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء

بما يستحل من فرجها حكم بالبطلان وجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق وكونه لا يعتقد على ظاهره لا يضر لانه ما دل بتاويلين احدهما انه آيل الى البطلان باعتراض الولى ان كان غير كفو والآخر تخصيصه بما اذا لم تكن المرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو اقرب التاويلين لقدرة فسخ الولى بسبب عدم كفاءة من زوجة المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر ان دخل لكن فى الخلاصة قال الفتوى على قولهما ولعل وجه ان تحقق الشبهة يقتضى تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب فى دفع بان من المشائخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة اقل ما ينبنى به وجود المحل من وجه وهى منتفية فى المحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه الا ترى ان ابا حنيفة رح الزم عقوبة باشد ما يكون وانما لم تثبت عقوبة هى الحد فعرف انه زنى محض عنده الا ان فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومع شبهة العقد ما اذا استاجرها ليزنى بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقالا هما والشافعى ومالك واحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استاجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله ان المستوفى بالزنا المنفعة وهى المعقود عليه فى الاجارة لكنه فى حكم العين فبالنظر الى الحقيقة يكون محل العقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستيجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطى والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا فى محل آخر وفى الكافى لو قال امهرتك كذا لازنى بك لم يجب الحد وكذا لو قال استاجرتك او خذى هذه الدراهم لاطأك والحق فى هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله الزانية والزانى فاجلدوا فالمعنى الذى يفيد ان فعل الزنا مع قوله ازنى بك لا يحد معه للفظة المهر معارض له **قوله** من وطئ اجنبية فيما دون الفرج بان اولج فى مغابن بطنها ونحوه ليس المراد ما يعم الدبر وهى المسئلة الآتية يعزر لانه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله ما اذا اتت امرأة امرأة اخرى فانهما تعزران كذلك **قوله** ومن اتى امرأة اى اجنبية فى ما دون الفرج فى الموضع المكروه اى دبرها او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابى حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان او غير محصن سياسة اما الحد المقدر شرعا فليس حكما له وقالا هو كالزنا وهذه العبارة تفيد اعترافهما بانه ليس من مسمى الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا ان لم يكن محصنا ورجما ان احصن وذكر فى الايضاح ان الخلاف فى الغلام اما لو وطئ امرأة فى دبرها حد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه فى الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او زوجته بنكاح صحيح او فاسد لا يحد اجماعا كذا فى الكافى نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعى فى عبده وامته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة فى الجنة اى هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا يكون وان سمعا فقد جاز ان تكون والصحيح انها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من احد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها وقال الشافعى فى قول يقتلان فقى وجه بالسيف بكل حال ابى بكرين كانا او ثيبين وفى وجه يرجمان بكل حال وبه قال مالك واحمد وفى قول آخر وهو الصحيح من مذهبه يحد جلدا وتغريبا ان كان بكرا ورجما ان احصن وجه القتل ما روى ابو داؤد والترمذى وابن ماجة عن عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن ابى عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذى انما يعرف هذا من حديث ابن عباس رض عنه عن من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحاق

وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عندنا لما بيناه

عن عمرو بن ابي عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروي عن عاصم بن عمر عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة رضي الله عنه عنه عليه السلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفي اسناده مقال ولا نعلم احدا رواه عن سهيل بن ابي صالح غير عاصم بن عمر العمري وهو ليس ضعيف في الحديث من قبل حفظه وبسند السنن رواه احمد في مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخاري عمرو بن ابي عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائي ليس بالقوي وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه عنه عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد اخرج له الجماعة واخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه وتعقبه الذهبي بان عبد الرحمن العمري ساقط واذا كان الحديث بهذا الثابت من التردد في امره لم يجز ان يقدم به على القتل مستمرا على انه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل ابلغ حرمة وتضييعا للماء لان الحرمة قد تنكشف بالزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواطة فيها فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابي حنيفة انه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حده وذلك لان الصحابة اختلفوا في موجبه فمنهم من اوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من نكسه من مكان مرتفع مع اتباع الحجارة فلو كان زنا في اللسان او في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم في موجبه وهم اهل اللسان اول دليل على انه ليس من يسمى بلفظ الزنا لغة ولا معناه واما الاستدلال بقول القائل من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء فلعدم معرفة من نسب اليه نعم قول من قال ان اهل اللغة فرقوا بينهما حيث قال قائلهم من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء غلط وذلك انه ليس لعربي بل هو من شعر ابي نواس كان مولدا لا يثبت اللغة بكلامه في قصيدته التي اولها دع عنك لومي فان اللوم اغراء + وداوني بالتي كانت هي الداء + وهي قصيدة معروفة في ديوانه مع انه ينبغي الشريعة عن امثاله تطهير كتابنا ايضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم في الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعة لجواز العزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد الذي هو اهلاك معنى فان ولد الزنا ليس له اب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيثبت على سوء الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت له به شرعا ليختص به وينفعه الشيء من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواطة وكذا هو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي في الجانبين على الاستمرار بخلاف الزنا المتحقق من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لقدرة وقوع الزنا بصبية لا تشتهي اصلا اذ قل ما يكون ذلك ولا عبرة باوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا ان لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان في المساوي من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجر اقوى وقد لا الا ايعاد عقاب الآخرة واما تخريج عن الصحابة فروى البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن ابي الدنيا ثنا عبد الله بن عمر ثنا عبد العزيز بن ابي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر ان خالد بن الوليد كتب الى ابي بكر انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع ابو بكر رضي الله عنه الصحابة فسألهم فكان من اشدهم في ذلك قولا علي رضي الله عنه قال هذا ذنب لم تعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما علمتم نرى ان نحرقه بالنار فاجمع رأي الصحابة على ذلك قال ورواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس رضي الله عنه ما حد اللواطة قال ينظر اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقي ايضا من طريق

قوله فان اللوم اغراء الخ [illegible]

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه
والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة
وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد
وعند الشافعي رح يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود في دار الحرب

ابن ابي الدنيا وكان ماخذ هذا ان قوم لوط اهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهدم بهم وهم نازلون وذكر
مشائخنا عن ابن الزبير يجلسان في انتن المواضع حتى يموتا نتنا واما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى اتأتون الفاحشة ما سبقكم بها
من احد من العالمين فمدفوع بان الفاحشة لا تختص لغة بالزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف
انه يعزر لما بينا من انه منكر ليس فيه شيء مقدر قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه وكذا اذا زنى ببهيمة لانه الزجر وانما
يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق
لبعضهم ذلك لغلبة الشهوة فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه قوله ولهذا لا يجب ستره في البهيمة الا انه يعزر لما بينا
انه منكر ليس فيه تقدير شرعي وفيه التعزير والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع امتداد التحدث
به كلما رؤيت فيتأذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهي مما لا تؤكل ضمن قيمتها ان كان لملكها غيره لانها
ذبحت لاجله وان كان مما تؤكل اكلت وضمن عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا تؤكل والمراد بالمروي ما روى اصحاب السنن
الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس رض عنه عم من اتى بهيمة فاقتلوها واقتلوها قلت له ما شان البهيمة قال ما اراه قال ذلك الا انه كره
ان يؤكل لحمها او ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس رض هذا هو التمسك لابي يوسف في عدم اكلها الا ان المعنى الذي
عينه الاصحاب من قطع التعيير اقرب الى النفس رواه ابن ماجة عن ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة
والباقون عن عمرو بن ابي عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا واما ابراهيم بن اسماعيل بن ابي حبيبة فقال احمد ثقة وقال البخاري
منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف ابو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو انه روي عن عاصم بن ابي النجود عن
ابي رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذي ياتي البهيمة حد وهو الذي روي عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
بقتلهما فلو ثبت المذكور انفا لما خالف ان يروي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القتل ثم يخالفه وكذا اخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي هذا اصح من الاول ولفظه
من اتى بهيمة فلا شيء عليه واخرج الحاكم حديث عمرو بن ابي عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد قوله ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا
فاقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد وعند الشافعي ومالك رح يحد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اينما كان مقامه قلنا
سلمنا انه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزما بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه
اذا وجب عليه الحد عند القاضي فيقضي باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام
عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه ان يقال وجب على الامام الاقامة على الزاني مطلقا اينما كان زناه
ونحن نقول امتنع بالنص وهو قوله عم لا تقام الحدود في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه
حال كونه في دار الحرب ولا وجوب لا يعرى عن الفائدة لان المقصود الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا
خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب على وجوده فلم ينقلب موجبا له حال عدمه واما الحديث المذكور وهو قوله عم لا يقام
الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى او سرق

وكان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة
ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره
لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة

في دار الحرب واصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله اعلم به وعن الشافعي قال قال ابو يوسف ثنا بعض اشياخنا عن مكحول
عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو وقال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير عن عمر
بن الخطاب رض كتب الى عمير بن سعد الانصاري والى عماله ان لا يقيموا الحدود على احد من المسلمين في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة
قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وانت تعلم ان هذا نوع انقطاع ومعتقد ابي يوسف انه داخل في الارسال وان
حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثقته ولا يضر على مبنى المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من ائمة الشان والعدالة وهذا الاخير
رواه ابن شيبة في مصنفه ثنا ابن المبارك عن ابي بكر بن ابي مريم عن حكيم بن عميرة وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان ان يلحق بالكفار انتهى اثر آخر
رواه ابن شيبة ايضا ثنا ابن المبارك عن ابي بكرة بن عبد الله بن ابي مريم عن حميد بن ابي عتبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام
على احد حد في ارض العدو واخرج ابو داؤد والترمذي والنسائي عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع
الايدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو وقال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعي يرون ان لا يقام
الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام اقام عليه الحد واعلم ان مع الاوزاعي
احمد واسحاق فمذهبهم تاخير الحد الى القفول وبسر بن ارطاة ويقال ابن ابي ارطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة اهل المدينة ينكرون سماع
بسر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بسر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال
اهل الحرة انتهى فلو انه سمعه منه عرم لا تقبل رواية من رضي ما وقع عام الحرة وكان من اعوانها والحق
ان هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب العمل معللة بمخافة لحاق من اقيم عليه باهل الحرب وانه
يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى تخرجوا الى ارض المصالحة
انه ح يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الى ارض المصالحة ح يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا اظهر احتماليين الاول ولو سلم
احتمالها على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انها معارضة بما اخرجه ابو داؤد في المراسيل عن
مكحول عن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله
لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب
من الاصل وايضا معارض لاطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان اجيب بانه عام خص منه موضع الشبهة فهو مدفوع بان الزنا نفسه
ماخوذ فيه عدمها فانه الوطي في غير ملك وشبهة فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار
مخصصا اولا واما الدليل العقلي المذكور فعليه ان يقال لا نسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب ان لا فائدة في الايجاب
انما ذكر لو عجز مطلقا فجاز ان يثبت الوجوب في الحال معلقا في القدرة قلنا يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه ان يقال فجاز ان يثبت
في الحال لتعليق الايجاب بالقدرة اي اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المآل
لان المعلق بالشرط كذلك وح جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن اين دليله فان الآيات انما تفيد تنجز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم ان القدرة

واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح يعني في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وقال ابو يوسف رح يحدون كلهم وهو قوله الآخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا حق الشرع ولمحمد رح وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي المجنون ولابي حنيفة رح فيه ان فعل الحربي المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رح لا تحد

شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب حال زنى الزاني في دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان اجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة انه اذا رجع الى دار الاسلام اقامه مدفع بانه معارض بحديث مراسيل ابي داؤد وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وايضا قد يقال عليه لا نسلم ان حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب اصلا وفرض المسئلة انه زنى في دار الحرب ثم اقر عند القاضي بعد الخروج او شهد به عليه في غير تقادم وعند مالك هو قادر ويتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله اعلم قال ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده فالقدرة ثابتة عليه بخلاف ما لو خرج من العسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى العسكر لا يقيمه ويفيد انه لو زنى بالعسكر والعسكر في دار الحرب في ايام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية ح اما امير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم يفوض اليهما الاقامة

قوله واذا دخل حربي دارنا بامان وهو المستامن فزنى بذمية الخ حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة او الذمية فعليهما الحد دون الحربي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة اقوال قول ابي حنيفة يحد المزني بها المسلمة والذمية وقال محمد لا يحد واحد منهم وقول ابي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستامنة لا يحد واحد منهما عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم والذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحدان جميعا والاصل ان عند ابي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند ابي يوسف يجب الكل الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد فاختلفوا في حد الزنا والسرقة عند ابي يوسف يجب وعندهما لا وجه ابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه ابي حنيفة ومحمد انه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقتضيها ويرجع وعلينا ان نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستيمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات بل لما يرجع منها الى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير انه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف كف الاذى اذ قد التزمنا له بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه اما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تم منعنا من استيفائه عند اعطاء الامان بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا اذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهد دهم ولمحمد رح وهو الفرق بين المسلم والذمي اذا زنى بمستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا زنت بمستامن لا يجب الحد عنده عليهما ان الاصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على ما سنذكر فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه

قال وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالإجماع لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه وإنما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد

في حق الأصل أي دليله إذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي أو المجنون لا تحد وتمكينها إنما يوجب الحد عليها إذا مكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولأبي حنيفة أن فعل المستأمن زنى لكونه مخاطبا بالمحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين إلا أنه امتنع حده لأن إقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه بإعطاء الأمان إلا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحد هي لأن المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيا أو مجنونا لأنهما لما لم يكونا مخاطبين لم يكن فعلهما زنى فلم تكن ممكنة من الزنا ونظيره المزني مكرها بمطاوعة تحد المطاوعة عند أبي حنيفة وبه قالت الأئمة الثلاثة وعند محمد لا تحد **قوله** وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو أي قول زفر والشافعي رواية عن أبي يوسف وهو قول مالك وأحمد وإن زنى صحيح أي عاقل بالغ بمجنونة أو صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالإجماع ولهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله وقد فعلت ما هي به زانية لأن حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بآلته وقد وجد ألا ترى أنه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس إلا بذلك وهو يدل على أنها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب ولنا أن فعل الزنا إنما يتحقق منه لأن أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة وإنما هي محل له ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا وهي موطوءة ومزنيا بها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق أي مرضية ومدفوق أو لكونها مسببة لزنى الزاني بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من فعل هو زنا والزنا فعل من هو منهي عنه مؤثم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد وعلى هذا لو قلت إنها بالتمكين صح زانية حقيقة لغة لا يضرنا لأنها إنما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فإن قيل كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع أنه لا شك أنه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم كون إطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة إلى فعل واحد متشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بأنه إنما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فإن تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلا منع وقيل بل ترتب الحد إنما هو على تمكينها من الوطء المفضي إلى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أو لا فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه مما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقي أن يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل إدخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وإن لم يجب على فاعله حد والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لأن قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا واحتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الإيجاب فلا يحد به والله أعلم ومما ذكرناه يندفع

قال ومن اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان ابوحنيفة رح يقول اولا يحد وهو قول زفر رح لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الالة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لانه قد يكون من غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رح وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع

ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا او مجنونا يمنع الحد عليها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين اقرت بالزنا بل زنى بك مجنون او صبي كما انه استفسر ماعزا فقال ابك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فانه استراب امره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية ابك جنون مع انها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها فاورد انه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطي في غير الملك لا يخلو عن احدهما اما العقر وهو مهر المثل او الحد كما لو زنى الصبي بصبية او مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب اجيب بالفرق وهو ان الايجاب عليه هنا لا فائدة فيه لانا لو اوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لانها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك وصح الامر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة او صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم ولايتها في المكرهة وعدم الامر اصلا فكان الايجاب مفيدا واما ايراد القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكرهة بالمطاوعة والمستامن بالذمية والمسلمة فورود بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع قوله ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابوحنيفة اولا يقول يحد وهو قول زفر وبه قال احمد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد الانتشار الالة وهذا آية الطواعية فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فيبطل اثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المرأة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا يحد اجماعا ثم رجع ابوحنيفة فقال لا يحد الرجل المكره ايضا لان السبب الملجئ الى الفعل قائم ظاهرا وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له ان يكون معه وبكون طبعا للقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل الى الحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك اثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل فان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر واحمد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قيام الانتشار دليل الطواعية الى ما ذكرناه آنفا وقال الانتشار لا يستلزم الطواعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشائخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن ابي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به قوله ومن اقر اربع مرات هذا على وجهين احدهما ان يقر الرجل في اربع مجالس انه زنى بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني او اقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح محتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بان لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت الوطي باعترافهما به وان اختلفا في جهة كانت مكذبة شرعا والوطي لا يخلو عن عقر او عقر فلزم لها المهر وان ردته الا ان تبرئه منه واعلم ان وجوب المهر انما هو فيما اذا كانت الدعوى قبل ان يحد المعترف فان حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لان الحد لا ينتقض بعد الاقامة ثانيهما ان تقر اربعا لذلك انه زنى بفلانة وقالت

ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رح انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورثت شبهة

فلانة ما زنيت به ولا اعرفه او اقرت هي بالزنا اربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر بالزنا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة رح ان الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه واورث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما اقر بالزنا مطلقا انما اقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما اقر فيه فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو اطلق وقال زينب فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الانكار حتى لو حضرت واقرت اربعا حدت فظهر ان الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدمه فاذا انكرت ثبتت شبهة يدرء بها الحد عنه فاذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار اصل الفعل اولى قلنا خصصنا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد فانه روي ان رجلا اقر بالزنا بامرأة فانكرت فجلده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داؤد وفي شرح الطحاوي ولو لم تدع المرأة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا **قوله** ومن زنى بجارية فقتلها اي بفعل الزنا فانه يحد وعليه قيمتها وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا ويجب عليه الدية وقوله وعن ابي يوسف انه لا يحد ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد رح لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه ابو الليث خلافه فقال ذكر ابو يوسف رح في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه وحين نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول ابي يوسف على خلاف قول ابي حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي واحمد رح لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال ابو يوسف هذا قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله عنه وعلى كون الخلاف هكذا مشى المص حيث قال ولهما انه ضمان قتل وجه ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني لسبب قتله سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها او ملكها بالغدار بان زنى بجارية جنت اليه فدفعت اليه بالجناية او بالشراء او النكاح انه لا يحد في ذلك كله وعند ابي حنيفة يحد في الكل وقال ابو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء او النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فيوفر موجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين

قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

على العاقلة ولا يجب بالغة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم ليس بمال ثم تنزل فقال حاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القائم دون الفائت ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما ليثبت بشبهة قيام المنافع فيثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك السبب عن الضمان ملكت تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس ومآل هذا التقرير الى ان الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع فانها كانت ثابت شبهة ملك العين لا حقيقة وبحقيقته لا تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير ان ابا يوسف اثبت شبهة ملك المنافع المستوفات ونحن نفيناه وليس احد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تامل تظهر ما في تقرير المصنف من التنزل من التساهل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب قيمتها وسقط بها الحد لان الملك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورثت شبهة اي في ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد اما هنا فالعين فاتت بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت اولا ثم يستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاولية وهو منتف وثمرته ان الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد لو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد ان يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب ان لا يحد والا وجب ضمانان بازاء مضمون واحد اجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان اول الجراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي اما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضي خان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق **قوله** وكل شيء فعله الامام الذي ليس فوقه امام مما يجب فيه الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة لا يؤاخذ به الا القصاص والمال فانه اذا قتل انسانا او اتلف مال انسان يؤاخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الجزاء والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لان حق الاستيفاء لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا اما المغلب في حد القذف حق الشرع فكان كغيره من الحدود وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لانه شرط وأورد عليه بالمانع من ان يولي غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما في الاموال غير انه اذا صحت هذه الاستنابة توجب عليه حق العبد استوفاه العبد او حق لله استوفاه ذلك النائب وقيل لا يخلص الا ان الاوجه ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما يقتضي ان المخاطب بالجلد الامام ان يجلد غيره والله اعلم وقد يقال ان دليل الايجاب الاستنابة والله سبحانه اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنه قدم ان الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لانه اهم وما يثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما ثبت بالاقرار اندر نادر لضيق شروطه المقتضي لاتحاده وهو ان يرى ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة واليضا لم يثبت

قال وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والأصل أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو إحدى الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر وإنما شرطت للمال ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولأن السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما

حد الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي بالبينة فإنهم كلهم لم يحدوا إلا بالإقرار فتقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده وعند الصحابة **قوله وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامتهم بعدهم عن الإمام** لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة فقوله متقادم إسناده في الحقيقة إلى ضمير السبب أي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يمنعهم جملة في محل جر لأنها صفة النكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو في بعد يومين ونحوه من الأعذار التي يظهر أنها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادة مفيدة وهي قوله في إذا شهد عليه الشهود بسرقة أو شرب خمر أو زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ثم قال فإن أقر بعد حين بذلك أخذ به إلا الشرب فإنه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره الأصل أن الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وفي العبارة تساهل مشهور فإن الذي يبطل بالتقادم الشهادة بأسبابها ثم لا يجب الحد على الإمام من الأصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة في الحدود القائمة والإقرار بها أربعة مذاهب الأول رد الشهادة بها وقبول الإقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الإقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن وأبي يوسف الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك بكل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وأحمد الرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد واستدل الشافعي والآخرون بالحاقه بالإقرار لأنهما حجتان شرعيتان يثبت كل منهما الحد فكما لا يبطل الإقرار بالتقادم كذا الشهادة وكحقوق العباد ولنا أن الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عم لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أي متهم وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الأصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مأمور بأحد أمرين الستر احتسابا لقوله عم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث وفي ذلك والشهادة به احتسابا لمقصد إخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فأفضل الأمرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لأن كلا من الستر وإخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي وإذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه بأحد الأمرين إما بالفسق وإما بتهمة العداوة لأنه إن حمل على أنه من الأصل اختار الأداء وعدم الستر ثم أخره لزم الأول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عليه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك إلى الشهادة موضع ظن أنه حركه حدوث عداوة بخلاف الإقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة إذ الإنسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم إذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لأن الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فيتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فإن قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فما يرجع إلى الحد لا يشترط فيه الدعوى لأنه خالص حق الله وباعتبار المال يشترط والشهادة بالسرقة لا مخلص لأحدهما بل لا ينفك عن الأمرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود

ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا يقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها انه اذا شهدوا بها على الانسان والمدعى غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود به عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال ان يكون سرق ملكه الذي كان عنده او ملكه اياه فلانه من تضمين الشهادة بسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان تتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا آخر ردناه في حق الحد لا المال بل الزمناه المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة او قبله وهي غائبة لا يدري جوابها لا يحد والبساتي بالحد لان الثابت هناك شبهة الشبهة فلا تعتبر وثبت في السرقة لا يثبت اصلا الا لثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال ان يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة للمبرء بخلاف دعواها النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله اعلم واجاب ثانيا بان بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله سبحانه وتعالى فاقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة اديرت على السفر فلا يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم ولا يخفى ان رد الشهادة بالتقادم ليس الا للتهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل احد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حق الله تعالى ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لان المشقة امر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة فيه فيضبط بما هو منضبط فالعدول للحاجة الى الانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتاخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب انما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها ما لم يكن قال المدعي على ما قال قاضي خان انما لم تقطع في السرقة بعد التقادم لا للتهمة في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا اخر فقد اختار الستر فلم يبق حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضي بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة تقضي بالمال دون القطع انتهى فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تاخير الشهود الشهادة لتاخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة اما لو اخر والا تاخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم لعلمه باعلامهم او بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله ولان السرقة تقام على الاستسرار على غيره من المالك فيبطل على الشاهد باعلامه وبالكتمان يصير فاسقا انما يقتضي ان ترد في حق المال ايضا للفسق لكن ما ذكر من انهم اذا شهدوا بعد التقادم يثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التاخير لعدم تاخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور

لن تقبل

قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه وهو قول زفر وقول الائمة الثلاثة لان التاخير لعذر هربه وقد زال العذر ولنا ان الامضاء الى الاستيفاء من القضاء بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابته تعالى الحاكم في استيفاء حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء وهو هنا اذا لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به بخلافه

واختلفوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوي رحمه الله وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو الأصح وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

في حقوق غيره تعالى فإنه فيها الإعلام من له الحق بحقيقة حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنها فإنما هو في حقوقه تعالى استيفاء وإذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بغير حقه إجماعا وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف إلى المختلف فإن كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعندهم ما لم يطرأ ما ينقضها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا أجاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الأهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن هذا التقادم إنما يبطل في ابتداء الأداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم السبب بلا توان منها لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا إن ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت إلى التهمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين والأمر ممنوع ونذكر فيما يلي هذه المقولة زيادة فيه إن شاء الله تعالى **قوله** واختلفوا في حد التقادم أشار محمد في الجامع الصغير إلى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين لو جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم في الأيمان إذا حلف لا يكلمه حينا وأبو حنيفة لم يقدره قال أبو يوسف جهدنا بأبي حنيفة رح أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم وما لا يعده تفريطا غير تقادم وأحوال الشهود والناس تختلف في ذلك العرف فإنما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأي متعذرة وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل على ما في مسألة الحالف ليقضين دينه عاجلا فقضيناه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رح وهو الأصح وما في هذه الرواية مما في المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضي الشهود متى زنى فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وإن قالوا شهرا أو أكثر درئ عنه قال أبو العباس الناطفي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد وهذا أعني كون الشهر فصاعدا يمنع قبولها إذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم بعد الشهر لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا يتحقق التهمة فقد نظر في هذا التقادم إلى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو يخالف ما ذكره من قريب أنه بعد ما أنيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد إلا أن يقال إذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط بل هو ما لم يكن هذه الموانع من الشهادة ويجاب بأن هذا رجوع في المعنى إلى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه أحد الأمرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما وستأتي هذه إن شاء الله تعالى **قوله** وإذا شهدوا على رجل أنه زنا بفلانة وهي غائبة فإنه يحد أجمع الأئمة الأربعة عليه وكذا لو أقر بالزنا بغائبة يحد الرجل لإجماعهم لحديث ماعز فإنه أقر بغائبة على ما تقدم وذكرها ورجمه عم ونقل أبو الليث عن أبي حنيفة أنه كان يقول أولا لا يحد حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتدعي ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع

قد زاد

وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما

الى قول الكل وسيظهر ذلك ببطلان القول الاول فان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للرجل على المرأة لا يقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين واحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز ان يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت في كل منهما شبهة الشبهة اجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة وانما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فاعتبارها باطل والا ادى الى نفي كل حد فان ثبوته بالبينة او الاقرار والذي يثبت به يحتمل ان يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل ان يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجه انه شبهة الشبهة ان نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع شبهة الشبهة **قوله** وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر انها امرأته وامته فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا امتي لم يحد ايضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد واما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحد يقتضي انه لو قال اربعا حد وليس كذلك وان اقر انه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امرأته فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الا ان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما اقر بالزنا فقد صرح بانها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم اعرفها اي باسمها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز ان تشتبه على من يشهد عليه فكان قوله لا اعرفها ليس مسقطا للحد

قوله وان شهد اثنان حاصلها انه شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة الا ان رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند ابي حنيفة يدرأ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم اي الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما اي الفريقين وعليه قوله وتفرد احدهما بزيادة جناية اي تفرد احد الفريقين بزيادة جناية منه من الاكراه وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا فيه فتعارضوا فعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة او مجنونة ولابي حنيفة انه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل اعني الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من ان تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به اورث اختلاف المشهود عليه واختلاف القول من اقوى الشبهة انتهى ولا يخفى ان المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم

ولان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدى الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

الشهادة على اثنين او واحدا او يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك ان الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب للحد عندهما ولا فائدة لابي حنيفة رح في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا اثر ولا يفيد في المقصود فائدة يعتد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليهما معه والفرض ان كان التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو امر مفروض فرضا لا فائدة فيه اصلا ولهذا حمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله ان المشهود اختلف وليس على احدهما اى على احد الوجهين الذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شئ وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني ان الزنا لطائعة غير الزنا بمكرهة وشهدا وتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة اربعة وقول المص يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض انه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه اى وجوده بهما **قوله** ولان شاهدى الطواعية لما اندرئ الحد عنهما صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم فكان مقتضاه ان تحد احد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقط شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف تحتاج اليه عندهما على ما ذكره في جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند ابي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم من كونه قذفا كما في المسئلة التي تلي هذه واما عندهما فلان شاهدى الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدى الاكراه اسقطا الى آخر ما ذكرناه **قوله** وان شهد اثنان اى شهد اربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا انه زنى بها بالكوفة والآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة ولم يتم على كل منهما نصاب الشهادة وهو الشهادة اربعة ولا يحد الشهود للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يتكامل زنا صاروا قذفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصفة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل ان في الزنا شبهة اوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة اوجبت الدرء عن الشهود قال قاضي خان وكلامنا اظهر لقوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان باربعة **قوله** وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا اعني حد الرجل مع هذا الاختلاف استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فيصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان انهم اتفقوا على فعل واحد حيث

وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

نسبوه الى بيت واحد صغيرا اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا او الفعل وسطه فكل من كان في وجهه يظن انه اليه اقرب فيقول انه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فهو كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة او حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار الى اخرى بتحركهما عن الفعل واما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك ايضا قائم في البلدين نعم اشباههم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط في الاقامة والواجب درؤه اجيب بان التوفيق مشروع صيانة للنصوص عن التعطيل فانه لو شهد اربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زنا ها في غير الوقت وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وان لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه اجيب بان التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول اذا اختلفوا في الطول والقصر او في السمن والهزال وفي انها بيضاء او سمراء او عليها ثوب احمر واسود تقبل في كل ذلك نعم استشكل على هذا مذهب ابي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا **قوله** ولو شهد اربعة انه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن وشهد اربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على احد منهم اما عنهما فلا نتيقن بكذب احد الفريقين غير عين اذ الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب احدهما بالشك واما في الشهود فلا نتيقن بصدق احد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جاز شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا الا انه يخص بظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند دير بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء فكانت ترهبت وبنت هذا الدير واقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة ايام امارته على الكوفة فقالت والصليب في ما رغبة بالجمال ولا الكثرة مال انما اراد ان يفتخر بنكاحي فيقول ○ نكحت بنت النعمان بن المنذر ○ والا فاي رغبة لشيخ اعور في عجوز عميا فصدقها المغيرة وقال في ذلك ○ ادركت ما منيت نفسي خاليا ○ لله درك يا ابنة النعمان ○ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ○ ان الملوك ذكية الاذهان ○ اني لحلفك بالصليب مصدق ○ والصلب اصدق حلفة الرهبان ○ فكانت بعد يدخل عليها فسألها يوما عن حالها فقالت ○ فبينا نسوس الناس والامر امرنا ○ اذا نحن فيهم سوقة نتنصف ○ فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ○ تقلب تارات بنا وتصرف ○ ذكر هذا ابن الشجري في اماليه على القصيدة النازلية للشريف الرضي التي اولها ○ ما زلت اطرق المنازل باللوى ○ حتى نزلت منازل النعمان ○ ولقد رايت بدير هند منزلا ○ الما من الرضا والحدثان ○ مغض كمستمع الهوان تغيبت ○ انصاره وخلا من الاعوان ○ بالي المعالم اطرقت شرفاته ○ اطراق منجذب القرينة عان ○ وذكرت مشجبها الرابط

وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا بذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسياتي فيه خلاف الشافعي رح بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة نظيره كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتباره وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون

بجوه ؛ من قبيل بيع زمانها بزمان ؛ ويا تردد على المغيرة ذبه منبرخ النوار لطيبة الاذعان ؛ والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا اذا نفرت من القبيح **قوله** وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر بان نظر النساء اليها فقلن هي بكر درئ الحد عنها اي عن المشهود عليها بالزنا وعنهم اي ويدرئ حد القذف عن الشهود وهو احد قول الشافعي واحمد وعند مالك يحد المرأة والرجل اما الدرء عنها فلظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد وقيل ان يقال ان لم يتعارض لشهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز ان تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي ان لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب ان تبطل لشهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة او لا لا بد ان يورث شبهة بها يندرئ وكذا لا يسقط بقولهن هي رتقاء او قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة واما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل انه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا او لكذبهن **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه الاصل ان الشهود باعتبار التحمل والاداء انواع اهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل واهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس اهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والمجانين والصبيان والكفار واهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته ويثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها لينظر صدقه اولى فلا والثالث لا شهادة له اصلا حتى لا يعتبر فيما لم تعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فيصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم يقبل اذا عرف ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا اهلا للاداء والعبد ليس اهلا للتحمل ايضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد اربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم اهلا للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفاسق نفذ غير انه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة وكذا قال احمد في رواية عنه **قوله** وان نقص عدد الشهود عن اربعة بان كانوا ثلاثة فاقل حد واحد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فيتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة ابو بكرة ونافع وعلقمة وشبل بن معبد ولم يكمل بشهادة زياد حد عمر رض الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوة لام واسم امهم سمية واما وجهه من جهة المعنى فلان اللفظ لا شك في انه قذف وانما تخرج عن حكم القذف اذا اعتبرت شهادة ولا تعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ حاصلها انه اذا جلد بشهادة شهود جلدا

لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رحمه الله ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم في الامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجاب

فجرحه الجلاد او مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او عمى او كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود اقل من اربعة ومتى كانوا اقل حدوا حد القذف ثم قال ابو يوسف ومحمد ارش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر احد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المصنف رحمه الله وعلى هذا اذا رجع الشهود يعني بعدما ضرب فجرح او مات لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر انه لا يحسن كل الحسن لفظ وعلى هذا اذ ليس هذا الا ان مثله يقال اذا كان الخلاف في المشار اليها كالخلاف في المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو ان الارش والدية في بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شيء وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شيء وقال الشافعي ومالك واحمد الارش والدية على الحاكم **قوله** لهما ان الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الجرح والموت الى شهادتهم فصاروا كالمباشرين لما اوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه او مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا اما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا او محدودا الخ وهو المراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين في جنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي لانه الآمر له وفعل المامور ينتقل الى الامر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطاؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين او عبيدا الخ في بيت المال اتفاقا **قوله** ولابي حنيفة ان الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر ايضا ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه فلا يتعدى الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطاؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطائه عليهم في مالهم لان الغرم بالغنم اما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه ليكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم يجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي ليثبت في بيت المال لم يجب اصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع تعديا فيجب عليه الضمان وهذا وجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع **قوله** وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها اي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة زيادة شبهة لتحققها في موضعين في تحمل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك واحمد والاصح من مذهب الشافعي انه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن بينا زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حُدّ الراجع وحده وغرم ربع الدية أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يحد لأنه إن كان الراجع قاذف حي فقد بطل بالموت وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفا بالرجوع لأن به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رحمه الله حد الراجع خاصة لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ إلا في حق الراجع كما إذا رجع بعد الإمضاء ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله يحد الراجع خاصة لأنه لا يصدق على غيره ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما يصير شهادة باتصال القضاء به فإذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون

والزم القضاء بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة إلا في الحدود وسببه أنه يحتاط في درء الحد عن المشهود به لما كان الاحتياط ردها كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولأنها بدل واعتبار البدل في موضع يحتاط في إثباته لا فيما يحتاط في إبطاله فإن جاء الأولون يعني الأصول شهدوا بالمعاينة بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعينه لا يقبل أيضا لأن الشهادة بهؤلاء الأصول قد ردها الشرع من وجه برده الشهادة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الأصول إذ هم قائمون مقامهم فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه بالزنا ثم لا يحد الشهود الأصول ولا الفروع لأن عددهم متكامل فلم تكن شهادتهم قذفا غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه فلا توجب حد القذف على الشهود **قوله** وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم حاصل وجوده برجوع واحد ثلاثة إما قبل القضاء أو بعده قبل الإمضاء أو بعده ذكرها المص كلها فذكر أولا إذا رجع واحد من الأربعة بعد الإمضاء وهو الرجم مثلا وإن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية أما غرامة ربع الدية فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباعها فتكون التالف بشهادة الراجع ربعها لإتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على أصله في شهود القصاص أنهم إذا رجعوا يقتلون قال المص وسنبينه في الديات قيل وقعت الحوالة غير رابحة لأنه لم يذكر فيه وأما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة يحد وقال زفر لا يحد لأنه إن كان قاذف حي برجوعه فقد بطل بالموت لأن حد القذف لا يورث لأن الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجمه يوجب شبهة في إحصانه ولهذا لا يحد الباقون إجماعا **قوله** ولنا الخ حاصله اختيار الشق الثاني وهو أنه قذف ميت ثم نفي الشبهة الدارئة لحد القذف عنه أما أنه قذف ميت فلأن الرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لأنه بالرجوع يستبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الأول لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع ينفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا أنه تبين أنه وقع حين التكلم به وكذا إذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد فإنهم يحدون كلهم لأنه ظهر أن الراجع وغيره قذفه لأن العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وإنما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبدا لأنه قذف حيا فمات وأما أن كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دارئة للحد عنه فلأنه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بني عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فإذا انفسخ تلاشى فكأنه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لأن زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لأنه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لأن القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المص رجوع الواحد قبل الإمضاء بعد القضاء فقال فإن لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم أي بعد القضاء قبل الإمضاء حدوا جميعا وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لأن الشهادة تأكدت بالقضاء

فان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رح هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه

فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الامضاء انما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء ولهما ان الامضاء اي استيفاء الحد من القضاء وقد قدمنا بيان كون الامضاء من القضاء في حقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت اسباب الجرح في الشهود او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وهو قول الائمة الثلاثة وقال زفر يحد الراجع خاصة لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فيبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء به ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فيبقى قذفا فيحدون والاولى ان يقال كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة ما دام بصفة ايجابه القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا فلنا لو امتنع الرابع من الاداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك لسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا فكذا اذا رجع احدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى قوله وان كانوا خمسة عطف على اول المسئلة ولو شهد اربعة ورجع احدهم اي بعد الرجم لا شيء عليه لا حد ولا غرامة لانه بقي بعد رجوعه من يبقى بشهادته كل الحق وهو الشهادة الاربعة وهو قول الائمة الاربعة سوى قول الشافعي في قوله غير الاصح عندهم وان رجع آخر مع الاول حد كل منهما وغرما ربع الدية وللشافعي تفصيل وهو انهما ان قالا اخطانا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمساها وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان اما الحد فلما ذكرنا يعني من ان الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لان رجوع الثاني هو الموجب للحد واما الغرامة فلانه يبقى من تبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر في قدر لزوم الغرامة بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا وزكوا بان قال المزكون هم احرار مسلمون عدول اما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهروا عبيدا فان زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا او عبدا فاما ان يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم احرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بانهم كانوا مسلمين فاذا ما ظهر كفرهم وان اخطانا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف الى ان يقولوا تعمدنا فقلنا هم احرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال ابو حنيفة رح الدية على المزكين وقال ابو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المص فقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم ان في صورة الرجوع الخلافية قولين ان يرجعوا بهذا الوجه او باعم منه وليس كذلك لهما انهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة او التسبب او عدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا على المشهود عليه بالاحصان فكما لم يضمن الشهود الاحصان بعد رجم المشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون ولابي حنيفة ان الشهادة بالزنا انما تصير حجة موجبة

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لأنه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة ما تحولت حجة بعد ولأنه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حربيا وعليه علامتهم ويجب الدية في ماله لأن العمد لا تعقله العواقل ويجب ذلك في ثلث سنين لأنه وجب بنفس القتل وإن رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة

للحكم بالرجم على الحاكم بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة للإتلاف لأنها موجبة لموجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها على ما عرف بخلاف الإحصان فإنه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الإحصان يوجبها غليظة لأنه كفران نعمة أتمه فلم تضف العقوبة إلى نفس الإحصان الذي هو النعمة بل إلى كفران النعمة فكانت شهادة به الشهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة بوا السبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بأن قالوا الشهداء هم أحرار الخ بل ذلك أو الإخبار كأن يقولوا هم الأحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ثم لا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والأربعة في الزنا وتجوز شهادة رجل وامرأتين في الإحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لأنهم قذفوا حيا فمات ولا يورث استحقاق حد القذف واعلم أنه وقع في المنظومة قوله على المزكين ضمان من رجم * إن ظهر الشاهد عبدا فعلم * وأوجبوا ضمان هذا المتلف * من بيت مال المسلمين فاعرف * وفي المزكين إذا هم رجعوا * كذا وقالا عزروا وأوجعوا * وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لأنه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف إذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهذا إشكال هائل فإنا إن أولنا المسألة بالرجوع يلزم التكرار وإن لم يأول بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسألة روايتان ويدل عليه أنه ذكر فخر الإسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل أن يأول بالرجوع ولا يلزم التكرار لأن المسألة الأولى فيما إذا ظهر الشهود عبيدا أو رجع المزكون أيضا والمسألة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما إذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر انتهى وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما إذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما إذا رجعوا فقط والتعزير بهم فاتفاق وقول صاحب المجمع ولو عبيدا شهدوا فزكوا فرجم ثم ظهروا أوجبهم عبيدا فالضمان على المزكين إن تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزير فالإشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل المجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف ولا ينفرد الظهور بتضمين الخلاف بل الاتفاق إنه في بيت المال كما سنذكر ويتفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أبو عليهم أو على هو بيت المال وبه يزول الإشكال عنه غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجب الضمان على الخلاف ولم يذكر في الأصول كالجامع والأصل **قوله** وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه الخ استوفى أقسامها في كافي حافظ الدين فقال إن شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر الإمام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية على عاقلته وكذا إذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وإن قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ لا شيء عليه وإن قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لأنه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر عن الشهود وعبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به إذ المأمور به الرجم وهو قد حز رقبته فلو يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولا إليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية لأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فأورث شبهة الإباحة وهذا لأنه لو نفذ ظاهرا وباطنا يثبت حقيقة الإباحة فإذا نفذ من وجه دون وجه يثبت شبهة الإباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل إنسانا على ظن أنه حربي وعليه

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي رح فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال وزفر يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا فإنه لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة وإنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

لأنهم ثم ظهر أنهم عبيد وعليه الدية في ماله لأنه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فأشبه الثمن وما في الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله وإن رجم ضبطه الأتقاني بالبناء للفاعل ليرجع ضميره إلى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسي في المبسوط وأما في مبسوط شمس الأئمة حيث قال فيه وإن كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا العيني في مسئلة الجلاد إذا جرح بين قوله ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا هنا أي الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضي بخلاف ما إذا ضرب عنقه ثم ظهروا عبيدا تجب الدية في ماله كما ذكرنا لأنه لم يأتمر أمره فلم ينتقل فعله إليه كما ذكرنا آنفا ولهذا لو رجعوا على القتل بالسيف ولا دية عليه منها لأنه لم يخالف قوله وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر إلى فرجها قبلت شهادتهم وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد لأنه لضرورة ثبوت القدرة على إقامة الحسبة والنظر إلى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد في الخلاصة مواضع حل النظر إلى العورة للضرورة إذا الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب والمراد في حق المرأة أولى وإن لم تجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ ولا تقبل إجماعا ونسب إلى بعض العلماء أنه لا تقبل شهادتهم إلا إذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل أنه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا النظر يباح للحاجة على ما قلنا قوله وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم قال المص معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط أي شرائط الإحصان لأن الحكم شرعا بثبوت النسب منه حكم بالدخول أي يستلزم ذلك وكذا لو طلقها طلقة تعقب الرجعة ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والغرض أنهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الإحصان فإذا ثبت بشهادة الشرع فإقرارهما أولى وعلى كون المعنى ما ذكر المص من الغرض وجود سائر شرائط الإحصان يدخل فيه أن بينهما نكاحا صحيحا فما عن الأئمة الثلاثة في قديم ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول على وجه الصحة ليس بخلاف لأن الفرض أنها امرأته لا يكون من وطء بشبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لأن النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا مؤكدا على وجه الدوام والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة قوله فإن لم تكن ولدت له وشهد عليه الخ والمقصود من هذا أن الإحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد إلا أن المبنى مختلف فعندهم شهادتهن في غير الأموال لا تقبل وعند زفر قبلت إلا أنه يقول الإحصان شرط في معنى العلة والشأن في إثبات أنه في معنى العلة والنفي لأنه المدار فقال لأن تغليظ العقوبة يثبت عنده بخلاف الشرط المحض فأشبهت حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم وهو محصن أنه أعتقه قبل زناه لا تقبل مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة لما ذكرنا من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه إذا كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط في معنى العلة أنه إذا رجع شهود الإحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون إذا كان علامة محضة ولنا في نفي أنه في معنى العلة أن الإحصان ليس إلا عبارة عن خصال حميدة بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالإسلام وبعضها مندوب إليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه

فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فان سببها المعصية والاحصان لسبب الموضع مانع من سببية العقوبة لانه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل ان يكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنا الا انه يختلف الحكم ففي حال الاحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا بخصوص الحكم الثابت بالزنا اعني خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط لا يكون لها تاثير فلا يكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم اليها اذ ظهر ان الواقع ان الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة يظهر ما يثبت بالزنا عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز ان يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهدتا مع الرجل جاز ان يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهدتا مع الرجل بالنكاح من غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفق ان شهد عليه بالزنا اليس انه يرجم كذا اذا شهدتا بعد ظهور الزنى به فكما ثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة بالدين بل الى المعلق كذا هذا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادة الذميين على الذمي لشهادتهما عليه بالاعتاق وانما لا يعتق بسبق التاريخ لانه ينكره العبد المسلم اذ يتضرر به فلا ينفذ شهادتهما عليه لانه تتغلظ العقوبة فتصير مائة بعد ان كانت خمسين واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بانه لو اقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا لا يقبل بينة الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب ان يشترط في الشهادة به الذكورة كالتزكية عند ابي حنيفة اجيب بان صحة الرجوع لا يتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه اذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذبه في رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من اظهار حق الله تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة فحين تثبت العقوبة بشهادة الرجال لسببها كان كالشهادة على عتق الامة تسمع بلا دعوى عند ابي حنيفة لتضمنه تحريم الفرج **فروع** من المبسوط شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان انه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كما لو شهدا انه اقربها او آتاها اذ ليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما ان الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء قال تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلا اجمال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع ولو شهد اربعة على الزنا بفلانة واربعة غيرهم شهدوا به بامرأة اخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كان الفريق الآخر ثابت على الشهادة ولهما ان كل فريق اقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفوه بغير حق ولو شهد اربعة على رجل بالزنا فاقر مرة به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا يبطل الا باقرار معتبر اذ الاقرار مرة هذا كالعدم وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر لا حكم لاقراره فيبطل الحد ولان الاقرار وان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة

باب حد الشرب قدم حد الزنا عليه لان سببه اعظم وجبرا ولذا قال حده اشد واخر عنه حد القذف المتيقن بسببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا واخر حد السرقة وان كان اشد لان شرعيته لصيانة اموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال ولقي انه آخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية النفس عن كل ما تكره **قوله** ومن شرب الخمر

فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر يقولون لي انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا * وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على الشرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال

فاخذ اي الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة او سكران اي جاؤا به الى سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك اي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها فانه يحد والشهادة بكل منهما مقيد بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب ان يثبت عند الحاكم ان الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهدا به والشرب او يشهدا به فقط فيامر القاضي باستنكاهه فيستنكه ويخبره بان ريحها موجود واما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد ان يشهدا بالشرب ويقولا اخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم اخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هنا ان الحد لا يجب عند ابي حنيفة وابي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد في الثاني ان يشهدوا بانه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة والاقرار ولم يتقادم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه اخرجه اصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية وروي من حديث ابي هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذي سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث ابي صالح عن معاوية اصح من حديث ابي صالح عن ابي هريرة رض وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل اخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظه فراى المسلمون ان الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع رواه البزار في مسنده عن ابي اسحاق انه عليه السلام اتي بالنعمان قد شرب الخمر ثلثا فامر به فضرب فلما كان في الرابعة امر به فجلد الحد فكان نسخا وروى ابو داود في سننه قال ثنا احمد بن عبدة الضبي ثنا سفيان قال الزهري انبانا قبيصة بن ذويب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه فاتي برجل قد شرب فجلده ثم اتي به فجلده ثم اتي به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة قال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما كونا وافدي اهل العراق بهذا الحديث انتهى وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا احسن مما اثبته به المص في كتاب الاشربة من قوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن ان يوجه النسخ الاجتهادي تعارضا في القتل فترجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض قوله وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها او ذهب السكر من غيرها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه اي هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا انه ستة اشهر او مفوض الى راي القاضي او بشهر وهو المختار وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل شعر يقولون لي انكه قد شربت مدامة * فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وانكه بوزن امنع ونكهه من بابه اي اظهر رائحة فمه وقال الآخر شعر سفرجلة تحكي ثدي النواهد لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد فظهر ان رائحة الخمر مما يلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الاحكام بوجودها ولا بد بها ولو سلمنا

واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

انما تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول يفيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تاخير الاداء تاخيرا يعد تفريطا وذلك منتف في تاخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة اجاب المصنف وغيره بما حاصله ان اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو ما روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن ابي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن اخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم امر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك واعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه اسحاق بن راهويه اخبرنا جرير بن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابرية ورفع دفع بان محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت ادائها بل ولا اقرار انما فيه انه حده لظهور الرائحة بالترترة والمزمزة التحريك ليستكه والترترة والتلتلة التحريك وبها تأبين مثناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا بعيد مساف الخطو غوج شمردل تقطع انفاس المهاري تلاتله اي حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومتى تقطع تلاتله انفاس المهاري انه اذا باراها في السير ظهر في انفاسها الضيق والتتابع لما يجهدها وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا انزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احسنت فبينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال اتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد فاخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر رضي الله عنه بن الخطاب انه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل ان حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراطها الرائحة مع احدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول الشافعي ورواية عن احمد والاصح عن الشافعي واكثر اهل العلم نفيه وما ذكرنا عن عمر يعارض ما ذكر عنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه اصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر رضي الله عنه انه جلد من وجد منه ريح الخمر الحد تاما وقد استبعد بعض اهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو ان الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقرا ان يرد او يدرء ما استطيع فكيف يامر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فان صح فتاويله انه كان رجلا مولعا بالشرب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه واما قوله ولان الرائحة من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب ثم اجاب عما يتوهم من ان الرائحة متشبهة بقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال فليس بمفيد لان كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان اراد ان اعتبار القرب بالرائحة وهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح **قوله واما الاقرار والتقادم لا يبطله** عند محمد كما في حد الزنا لا يبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا على ما مر تقريره من ان البطلان للتهمة والانسان لا يتهم على نفسه وعندهما لا يقام الحد على المقر بالشرب الا اذا اقر عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه

فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم به في مثله ومن سكر من النبيذ حد

وقد شرط قيام الرائحة على ما رويناه بمعنى انه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشهيد واما اضافة ثبوته على الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عم الخ فقيل لانه من الآحاد ومثله لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى ان هذا مذهب الكرخي فاما قول الجصاص وهو قول ابي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى انه لا يثبت به اشكل عليه جعله اياه اول الاصل فان لم يره اشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وانت علمت انه انما الزم قياحا عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هو اعظم عندي من القول ان يبطل الحد بالاقرار واذا اقر اقيم عليه الحد وان جاء بعد اربعين عاما **قوله** فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه وذهبوا به الى مصر فيها الامام او مكان بعيد فانقطع ذلك اي الريح قبل ان ينتهوا به اليه حد في قولهم جميعا لان التاخير الى انقطاعها للعذر لبعد المسافة فلا يتهم في هذا التاخير والاصل ان قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد **قوله** ومن سكر من النبيذ حد فالحد انما يتعلق في غير الخمر من الانبذة بالسكر وفي الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كلما اسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عم كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع اما السماع فتارة بالاستدلال على ان اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر رض نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية احمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام واما ما يقال ان ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخاري عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي الصحيحين من حديث انس كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رض الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب بشربه في الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذا كلها محمولة على التشبيه بحذف اداته فكل مسكر خمر كزيد اسد اي في حكمه وكذا الخمر من هاتين او من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمهما بها جاز تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية لقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه اي المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كلما كان مثله من كذا او كذا فهو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجهه في كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التي هي غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة اما قليلها وكثيرها او كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو ان الثابت في اللغة من تفسير الخمر بالني من ماء العنب اذا اشتد وهذا مما لا شك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام بايراده ويدل على ان المحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رض حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء اخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم انه انما اراد ماء العنب لثبوت انه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول انس وما شرابهم يومئذ اي يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر وف

لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من نبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

انما اطلق هو وغيره فيه الحمل لغيرها عليها بهوهو كان على وجه التشبيه واما الاستدلال لغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روي ابوداود والترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام كل مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملؤ الكف منه حرام وفي لفظ الترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه واجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن ابي وقاص انه عليه السلام نهى عن قليل ما اسكر كثيره اخرجه النسائي وابن حبان قال الترمذي لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو احد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن ابي وقاص وقد احتج به الشيخان وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان صريح هذه الروايات القليل وما اسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي اسكرتك اخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن ارطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي واسند الى ابن المبارك انه ذكر له حديث ابن مسعود رضي الله عنه هذا فقال حديث باطل على انه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما اسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روي عن ابن عباس رضي الله عنه من قوله حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب لم يسلم نعم هو طريق جيدة هي عن ابن عون عن ابن شداد عن ابن عباس رضي الله عنه حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما اسكر من كل شراب قال وهذه اولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه اقوى وجب ان يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لم يثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسمع او بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا ولاصحابنا فيه منع خصوصا وعموما اما خصوصا فمنعوا ان حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه السلام حرمت الخمر بعينها والمسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكره في الاشربة من نفي تعليلها بالاسكار لان لم نذكره الا لنفي ان حرمتها مقيدة باسكارها اي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى يثبت العلة وهي الاسكار او مظنته من الكثير لان حرمتها ليست معللة اصلا بل هي معللة بانه رقيق ملذ ومطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل اصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذي يضره كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا ان اعتبار دعاية القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلوة واتيان المفاسد من القتل وغيره وكما اشار النص الى عينها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم فاذا فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث ابي هريرة رضي الله عنه فاذا اسكر فاجلدوه

ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران
حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

الحديث فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم ثم موجبه ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب ان يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكران في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها انه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها ما روى الدارقطني في سننه ان اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من اداوتك فقال عمر رض انا جلدناك بالسكر وهو ضعيف لسعيد بن ذي لعوة ضعيف وفيه جهالة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال بلغني ان عمر بن الخطاب رض ساير رجلا في سفر وكان صائما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر رض معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر رض انما جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندي انقطاع واخرج الدارقطني عن عمران بن داور عن خالد بن دينار عن ابي اسحاق عن ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكر سكره من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي ان رجلا شرب من اداوة علي رض بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن ابن عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس رض قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع ان الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد بالقليل غير ان هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمص قيد وجوب الحد بقوله ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد فقد ذكرنا انه يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند ابي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق سكران منها كالمثلث الا ان المص في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد وانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا انتهى وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابي حنيفة وسفيان انهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى راسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان يعلمه حين شربه ما هو يقع **قوله** ولا حد على من وجد به ريح الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة فلا يثبت مع الاحتمال ما يندرئ بالشبهات وكذا الشرب قد يكون عن اكراه فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب واورد عليه انه قال عن قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي ان يحد ولم يقل احد ونقل ايضا عنه ان التمييز لا يعاينه ونظر فيه بان من عاين الشرب يبني على يقين لا على استدلال وتحقيق صاحب الهداية

ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض

ثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان انتهى فيبقى الاشكال بحاله هذا ولا يخفى ان المراد بمعاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على انه خمر بالرائحة فكون المص جعل التمييز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافي ان يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز ان يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال هذا ولا شك ان المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء اما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والقيء فظاهر وطريقه انه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها واما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درءا كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال فان كان ملزوما لشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في ازمنة كثيرة متاخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وصحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والقيء للاحتمال ورد الشهادة بلا رائحة اذا لم يمكن التمييز الا مع الاحتمال **قوله** ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل او غلبة الطرب والنشوة تخفف الالم حتى حكى لي ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه به اخلاط ثقيلة لزجة بركبتيه لا يقلعها الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين ممازحا ليس بصحيح الا فضع هذه الجمرة على ركبتك فاقدم فوضعها حتى اكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت ازالها بعض الحاضرين الشك مني فلما افاق وجد ما به من جراحة النار البالغة وزمنت ركبته فمكث بها مدة الى ان برئت فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول يا ليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع اصلا في حال صحوه ان يفعل مثل ذلك بالاخرى لتستريح من المها ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الا حال الصحو وتاخير الحد لعذر جائز **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غيرها ثمانون سوطا وهو قول مالك واحمد وفي رواية عن احمد وهو قول الشافعي اربعون الا ان الامام لو راى ان يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المص رح على تعيين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر رض وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وارديتنا حتى كان اخر امرة عمر رض فجلد اربعين حتى عتوا وفسقوا جلد ثمانين واخرج مسلم عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر ودنى الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان تجعله ثمانين كاخف الحدود فجعله عمر رض ثمانين وفي الموطا ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن ابي طالب نرى ان تجلده ثمانين فانه

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف

اذا شرب سكر واذا سكر هذا واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف اشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا واخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصا حتى توفي فكان ابو بكر يجلدهم اربعين حتى توفي الى ان قال عمر ماذا ترون فقال علي رض اذا شرب الخ وروى مسلم عن انس قال اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة واخذت اخرى ولا فهي ثمانون ويكون مما راى عمر في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله انه استشار فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى عليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قوله وفعله ابو بكر يبعده والالزم ان ابا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد ان عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف ابي بكر والله اعلم وقد اخرج البخاري ومسلم عن علي رض قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر لانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فمعلوم قطعا انه امر بضربه فهذه الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عم بعدد معين ثم قدره ابو بكر وعمر باربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم ان يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عم عدم تعيينه لعلمهم بانه عم انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم راوا اهل الزمان تغيروا الى نحوه او اكثر على ما تقدم من قول السائب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تاخر كان فساد اهله اكثر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان حكمه عم في امثالهم واما ما روي من جلد علي اربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رض اتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد انه رآه شربها وشهد الآخر انه رآه يتقيأها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسين اقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلده وعلي يعد الى ان بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد ابو بكر رض اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي **قوله** ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا ونقل من قول ابن مسعود رض للضارب اعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والراس والفرج وعند ابي يوسف يضرب الراس ايضا وتقدم

قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور انا اظهرناه اي الشرع اظهر التخفيف مرة بنقصان العدد ولا يعتبر ثانيا بعد التجريد والاقارب المقصود من الانزجار للفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفها الروث والخثي للضرورة فانا الضرورة قد اثرت في النعال مرة فتكفي مؤنتها فلا تخفف مرة اخرى وله ضده في الصلوة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة ان لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده اولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل وعدمه **قوله** وان كان عبدا فحده اربعون على ما عرف من ان الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون علنا

ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة وقال العبد الضعيف هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشائخ رحمهم الله وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

لان حد العبد اربعون ومن قال حده اربعون قال حد العبد عشرون **قوله** ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سببه لان اقراره بالسكر من غير الخمر اما في حال سكره ولا يعتبر اقرار السكر كما سيأتي او بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه **قوله** ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت باقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وقوله سنبينها هناك اي سنبين هذه المسئلة في الشهادات ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ولا نعلم في ذلك خلافا لان فيها شبهة اي في شهادة النساء شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانهما لو شهدتا مع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا وفيه تهمة الضلال لقوله تعالى ان تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى وفي الكشاف ان تضل اي لا تهتدي للشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احدهما الاخرى اي تزيل نسيانها **قوله** والسكران الذي يحد لسكره من غير الخمر عند ابي حنيفة هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا او لا يعقل الرجل من المرأة زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض ولا السماء وقالا هو الذي يهذي ويخلط وبه قال الائمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد ان يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شيء واليه مال اكثر المشائخ واختاره للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي سمي سكرانا وتأيد بقول علي اذا سكر هذا ولابي حنيفة رحمه الله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا بدليل الالزام في شهادة الزنا ان يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد واما في ثبوت الحرمة فما قالا فالاحتياط في امر الحد وفي الحرمة وانما اختاروا للفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك انه حيث قال يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها فقد سلم ان السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وانه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما انيط في الدليل الذي اثبت حد السكر بما يسمى سكرا الا بالمرتبة الاخيرة منه على ان الحالة التي ذكر قلما يصل اليها سكران فيؤدي الى عدم الحد بالمسكر وقوله من دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ممنوع بل اذا حكم العرف او اللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في انه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره ينفي الحد لا ثبوت شبهة صحوه وروى بشر عن ابي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا ايها الكافرون ولا شك ان المراد ممن يحفظ القرآن اذ كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدرسها اصلا قال بشر انه قال لابي يوسف كيف امرها من بين السور مما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين ان الذي عجز عن قرأتها سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلوة فقدموني فقرأت قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون فانزل الله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي ان يعول على هذا بل ولا يعبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل

ولا يحد السكران بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه لأنه خالص
حق الله تعالى بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته

يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قاريا فيبدلها إلى الكفر ولا ينبغي أن يلزم الحد بطريق ذكرنا ما هو كفر وإن لم يؤاخذ
به نعم لو تعين طريقا لإقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فإن معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم
سوى ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلوة وأنتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر العرف عليه
وعرف مما ذكرنا أن من استدل لأبي حنيفة رضي الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقا الخ غريق
في الخطأ لأنها في علي وأصحابه ولم يصل سكرهم إلى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدركوا
الوجوب وقاموا للإسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد من قوله وأما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فإنما أطلق لهم الصلوة
حتى يصحو كل الصحو بأن يعلموا جميع ما يقولون حسبة أن يبدلوا البعض ما يقولون وليس منه أي من مراتب السكر كذا وكذا بل إن
من وصل إلى ذلك الحد الذي كانوا فيه يسمى سكرانا وكون المقدار الذي هو سبب الحد ما هو لا تعرض له بوجه. وقول المص والشافعي
يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه يفيد أن المراد من الإجماع في قوله والمعتبر في القدح المسكر ما قالاه بالإجماع الإجماع المذهبي
وإلا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بأنه قلده فخر الإسلام وفيه نظر فإن الشافعي يوجب الحد في شرب
النبيذ المسكر جنسه وإن قل ولا يعتبر السكر أصلا ولا يخفى أنه ليس يلزم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر مطلقا ما هو اعتقاد
الناقل أن الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي مفصلا عن الإمام
أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو اقتضاه باعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرت وجاز أن يكون البعض من فسر السكر بسكر لا يحد
وإنما فسره باعتبار آخر كأن حلف بطلاق أو عتاق ليشربن حتى يسكر فيحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم أبطله
بأنه لا يتفاوت أي لا ينضبط فكم من صاح يتمايل ويزلق في مشيه وسكران ثابت بالا ينضبط لا ينضبط به وإن الذي وقع في كلام علي
بحضرة الصحابة رضي الله عنهم الاعتبار بالأقوال لا بالمشي حيث قال إذا سكر هذى الخ قوله ولا يحد السكران بإقراره على نفسه أي بالحدود الخالصة
حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة إلا أنه يضمن المسروق وقيد بالإقرار لأنه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة
يحد بعد الصحو ويقطع إنما لا يعتبر إقراره في حقوق الله تعالى لأنه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شيء وذلك
الإقرار من الأشياء والأقوال التي يقولها فهو محكوم بأنه لا يثبت عليه ويلزم الحكم بعد ساعة بأنه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة أنه
يكذب على نفسه مجونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتعسف به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فإنه مؤاخذ به لأن غاية
الأمر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الإقرار بالحدود على قول
أبي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لأنه أدرأ للحدود ومنه لو اعتبر كقوله فيه في إيجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف
لأن فيه حق العبد والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لأنه أدخل الآفة على نفسه فإذا أقر بالقذف سكران
حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد
عليه بالسكر من الأنبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الأشربة المباحة وإلا فبمجرد سكره لا يحد لإقراره بالسكر

وان ارتد السكران لاتبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي ظاهر الرواية تكون ردة

باب حد القذف

وكذا يؤاخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لانها لاتقبل الرجوع **قوله** ولو ارتد السكران لاتبين امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد او الاستخفاف وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي ان السكران الذي لاتبين امرأته هو الذي لايعقل منطقا كقول ابي حنيفة في حده والظاهر انه كقولهما وكذا لم ينقل خلاف في انه لايحكم بكفر السكران بتكلمه مع انهما لم يفسرا السكران لغير ما تقدم عنهما فوجه ان ابا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا لدرء الحد ولاشك انه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه فعلى المفتي ان يميل اليه ويبني عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر اقصى السكر كان احتياطا لتكفيره لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم اما فيما بينه وبين الله تع فان كان في الواقع قصد ان يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تع لاتقربوا الصلوة وانتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بان لايقربها بذلك والا لجاز له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة اصلا فهو خطاب الصاحي ان لاتقربها اذا سكر فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل ويدرك شيئا ما او لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولاشك ان تحقق الخطاب ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولاعلم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا في حق الردة لايكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضي انه بعد ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في اصل الدين رحمة عليه في ذلك خاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف بالمتقدم فانه لم يحكم بكفر القارى مع اسقاط لفظة لا من قل يا ايها الكافرون ولاشك ان ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث درك اصلا الا يرى الا انهم ادركوا وجوب الصلوة وقاموا الى الاداء فعلمنا ان الشارع رحمه الله في اصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا اصححنا اسلامهم ولولا هذا الحديث لقلنا بردته فان لم يكن له درك لم تصح من الكافر السكران اسلامه مما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو ان هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى اقصى السكران كان من غير قصد اليها كما قرأ رضي الله عنه قل يا ايها الكافرون فغيّر فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تع بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره في القضاء لان القاضي لايدري من حاله الا انه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله اعلم

باب حد القذف تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمي بالشيء وفي الشرع رمي بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تع ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المومنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عم اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هي يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق واكل الربو واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المومنات الغافلات متفق عليه وعنه عم من اقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيمة ليدخل من اي ابواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة ابدا والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصي غيره لايجب الحد

واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا **قال** ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا

بل التعزير وفي النص اشارة اليه اي الى ان المراد الرمي بالزنا وهو اشتراط اربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها عليه ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة اربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال رفع عار ما نسب اليه بالتاثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت اهلية الاجتهاد

قوله اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا بان قال زنيت او يا زاني وطالبه المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان القاذف حرا وان كان عبدا حده اربعين سوطا وشرط الاحصان في المقذوف وهو ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن احمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن ابي ليلى يحد بقذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسياتي الوجه عليه وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال اشهد انك زان فقال الآخر وانا اشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال وانا اشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعدما قطع كلامه وانت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال لست اي بزانية او ابي فانه لا يحد وبه قال الشافعي واحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن احمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي انه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد به لنسابه من القرينة صار كالتصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة واباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز ان يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه واما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله ان امرأتي ولدت غلاما اسود وتعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد اورد ان الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف ووروده باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات فاجيب بانه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق ان دلالة المقتضى في ذلك لما سنذكر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد ان يكون بتصريح الزنا بين ان يكون بالعربي والنبطي والفارسي او غير ذلك ولا يحد لو قال لها زنيت بحمار او بعير او ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال زنيت بناقة او اتان او ثوب او دراهم حيث يحد لان معناه زنيت واخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال في فرجها ولو قال هذا الرجل لا يحد لانه ليس المعروف في جانبه اخذ المال ولو قال زنيت وانت صغيرة او جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله اشهدني رجل انك زان لانه حاك كقذف غيره ولا بقوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس او ازنى الزناة لان افعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكانه قال انت اعلم به وسياتي خلافه في فروع نذكرها واما اشتراط مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فمطالبة من يقع القدح في نسبه من غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر داود وينبغي ان لا تشترط المطالبة لان المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان

ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه

حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان تصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين وانتفى الحاق الشين الا بنفسه ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال انت محل للزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التانيث ولو كان حقيقة والحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لان الترخيم شائع ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا **قوله** ولا يجرد من ثيابه الا في قول مالك لان سببه وهو النسبة الى الزنا كما غير مقطوع به لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود او للقرية والمعلوم لهما هنا نفس القذف فاستحبابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة وحكما لعدم اقامة البينة قال تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تعالى منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاتيان بالشهداء لان فائدة النسبة هناك تحصل اما عند العجز فانما هو تشنيع يقلعه تعالى بل يستلها فلا فا بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو اي الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر انه لو كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو او قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا **قوله** والاحصان ان يكون المقذوف حرا الخ قدمنا ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف او شهادة رجلين او رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت فان انكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف بالله لم يعلم انها محصنة وكذا اذا انكر الحرية ليحد حد الارقاء والقول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف عليه بينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حده ثمانين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز اما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي اطلق عليها لفظ الاحصان الا ما اجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة او كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تعالى والمحصنات من النساء اي المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك ان الاحصان اطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله تعالى فاذا احصن قال ابن مسعود رضه اسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف واما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن احمد ان الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد لاجل الحاق العار ومثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي او مجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالحرمات ولو فرض لحوق عار المراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا اولى من تعليل المص

ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه
لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو
قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة

بعدم تحقق فعل الزنا منها لانه ماول بان المراد بالزنا المؤثم والا فهو يتحقق منها اذ يتحقق منها الوطي في غير الملك لكن القذف انما يوجب
الحد اذا كان بزنى مؤثم صاحبه وبه يندفع الايراد القائل اذ لم يتحقق الزنا منها فينبغي ان يحد قاذف مجنون زنى في حالة جنونه لكنه لا يحد
وان كان قذفه حين افاقته فاما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار
آخر فهو صادق وحد القذف للفرية لا للصدق وفي شرح الطحاوي في العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره
فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ في غير الملك او وطئ جارية مشتركة
بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها في الملك الا انه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة لا يسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته
في الحيض او امته المجوسية ولا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ امته وهي اخته من الرضاع ولو مس
امرأة بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها او امها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة
بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها يسقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند ابي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة لان
كثيرا من الفقهاء يستحسنون نكاحها **قوله** ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة وكذا
اقتصر عليه الحاكم في الكافي وعلله في الهداية بانه في الحقيقة قذف لامه ولذا قال امه لانه اذا كان لغير ابيه ولا نكاح لذلك الغير
كان من زنا فيقبل فعلى هذا كان الاولى ان يقال اذا كانت محصنة حتى يشتمل جميع شرائط الاحصان واورد عليه انه يجوز ان يكون
ثابت النسب من ابيه ولا تكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة او نكاح فاسد والجواب المراد انك لست لابيك الذي ولدت
من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا المراد هو ان الام زنت مع صاحب الماء الذي ولد هو منه وهذا معنى قول المصنف لان النسب
انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وحاصله ان نفي نسبه عن ابيه يستلزم كون ابيه زانيا لان النسب انما ينفى عن الزاني فلزم ان امه
زنت مع ابيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كون ابيه زنى بامه مكرهة او نائمة فلا يثبت نسبه من ابيه ولا يكون قاذفا
لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذي يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك في هذا والا كانت
بمعنى المسئلة التي تليها وهي التي يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجي وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما اذا كان قوله ذلك
في حال الغضب والسباب بدليل المسئلة تليها فاذن يختلف المراد بلفظة الاب على هذا التقدير فانه اذا كان في غير حالة الغضب فانما
يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الاخلاق **قوله** ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان
لابيه الذي يدعى اليه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة اي حقيقة نفيه عن ابيه لانه حالة سب وشتم
وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن اخلاقه ولا يخفى ان في حالة الغضب ليس نسبته امه الى الزنا امرا لازما
لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره لشبهة او نكاح فاسد كما تقدم قبلها فثبوت الحد به
بمعونة قرائن الاحوال وبهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر في المبسوط ان في الاول الحد استحسانا باثر
ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل

وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانتفاء المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف انه فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحقوق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي

الى الزنا بشرط ليقع التعيير على الكمال لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا ثم ترجع هذا التعيير الكامل الى ولده فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذي لحقه لا للخلافة ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى والكفر لا ينافي اهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما اذا قذفه نفسه لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذا لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان سبب التعيير الكامل وهو احصان المقذوف فان كان حيا كانت المطالبة له او ميتا طالب به جهله او فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل في حقه **قوله** وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة اي التي قذفها في حال موتها ولا للابن ان يطالب اباه وان علا بقذف امه الحرة المسلمة التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة او قال لابنه او لابن ابنه وان سفل بعد وفاة امه يا ابن الزانية وهو قول الشافعي واحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن ان يطالب اباه بقذف امه وهو قول ابي ثور وابن المنذر لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد اباه سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب عقوبة ابيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما اف والجواب ان الاطلاق والعموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى ولا تقل لهما اف والمانع مقدم ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع بسرقته فانتفت عليه الحد بالاجماع على عدم القطع فصار الاصل ان عموم الاية قوله تعالى ولا تقل لهما اف وقوله عم لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع السيد بعبده اما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للاب في المسروق فلا على مالك رحمه الله نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان لهدر جناية على نفس الولد توجب اهدارها في عرضه بطريق اولى مع ان القصاص يستيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع لسرقة مال الابن اقتصر المص على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المص لان المولى لا يعاقب بسبب عبده استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد السيد بقذف امه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز ان يعاقب بسبب حق نفسه **قوله** ولو كان لها اي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة فظهر في حق احدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضي عمله في الآخر وكذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفى احدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو احد مستحقي القصاص يمتنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط احدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد لا يتصور تجزيه اما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط احدهما **فروع** يجوز التوكيل باثبات الحدود في الغائب في قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله والاجماع انه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل لان مع احتمال انه عفا او ان المقذوف قد صدق القاذف او اكذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل الاول لكان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فمع احتماله اولى **قوله** ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده فيرث الوارث الباقي فيقام له وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص كالقصاص فمن هذا الوجه

ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر

من هذا الدليل هو حق العبد لم يعلم انه شرع زاجرا وعنه سمي حدا والمقصود من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع اذ لم يختص بهذا الشان دون غيره ويكل من حق الله وحق العبد في حد القذف فشهد الاحكام فبا عتباره حقا للعبد شرطت الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستامن ويقيمه القاضي بعلمه اذا علمه في ايام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضي اي القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده وتقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتباره حق الله تعالى استوفاه الامام دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يكن اهدار مقتضى احدهما لزم اعتبارهما فيه فيثبت ان فيه الحقين الا ان الشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاؤه مولاه فيصير حق العبد مرعيا بتغليب حق الشرع لا مهدرا ولا كذلك عكسه اي لو غلب حق العبد لزم ان لا يستوفى حق الشرع الا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على ان انابه العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود والتي هي حقه تع على ما قدمناه من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الاصل تفرعت فروع اخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعنده يورث وعندنا لا يورث اذا الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تع اي انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا او ما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيئا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل شرعي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة او وصية في المطالبة التي جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفى المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوتها الا ان يقول المقذوف لم يقذفني او كذب شهودي ويح ليظهر ان القذف لم يقع موجبا للحد لا انه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور ان القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول احمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات وقذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم فحد فادعى الباقي انشاء الحد ادعى آخر ان كمل ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو انه يصح عفو المقذوف **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الخ ما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشائخ وذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان الغالب فيه حق العبد كقول الشافعي وخرج الاحكام المختلف فيها على غير ذلك اما توجيه ان حق العبد غالب فلان اكثر الاحكام تبتنى عليه والمعقول يشهد به وهو ان العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص واما تخريج الاحكام فانما فوض الى الامام لان كل احد لا يهتدي الى الضرب الواجب او لانه ربما يزيد المقذوف في قوته ملحقه فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو

ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له
فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال
لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمناه وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه رضي بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو اذ لا يخفى ان كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة اعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة اعراض بعضهم عن بعض على العموم وان العفو لا يستلزم الرضى بالعار بل قد لا يرضى الانسان لتحاكيه به ولا العاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حقه فلا ينفي ان يعفو فلا يفعل ذلك اصلا وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى اوجه مما في الخيارية ان شاء الله تعالى ثم قول محمد انه وقع في موضع انه حق الناس فقد وقع في اخر انه حق الله تعالى **قوله** ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان المقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه فيقبل رجوعه واما التعليل لانه بالاقرار الحق الشين بالغير وبالرجوع يريد ان يبطل حق الغير فالمعنى انه اثبت حق الغير ثم يريد ان يبطله فلا يقبل فيه ويشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الله تعالى وكونه الحق الشين لا اثر له بل الحاصل انه لما الحق الشين ثبت لك حق الادمي فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين تاثيره في اثبات حق الادمي ليس غير امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير **قوله** ومن قال للعربي يا نبطي او قال لست بعربي لا يحد وكذا اذا قال لست من بني فلان وقال مالك رحمه الله يحد اذا نوى الشتم وعنده اذا قال يا رومي لعربي او فارسي او يا فارسي لرومي او عربي او يا ابن الخياط وليس في ابائه خياط يحد قلنا العرف في مثله ان يراد نفي المشابهة في الاخلاق او عدم الفصاحة واما قذف امه او جده من جدانه لابيه فلا يخطر بالبال ولذا اطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب او الرضا وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله في القذف اصلا لم يحمل في الغضب شتما بهذا القذف ولان النبطي قد يراد به النسبة الى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق ثم هو كما قال يا رستاقي يا ريفي في عرفنا اي يا قروي لا يحد به وقال الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب **قوله** ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وكذا اذا قال يا ابن مزيقيا او يا ابن جلا لان الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدي لانه اغنائهم عن ماء السماء وجمع المص بينهما حيث قال لان ماء السماء وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا اي زيقيا لقب ابنه عمرو لانه كان يمزق كل يوم حلتين فيكره ان يعود فيلبسهما ويكره ان يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب ان يكون قول القائل يا ابن مزيقيا للذم بالاسراف والاعجاب لكن عرف العامة في مثله انه جود وقد لقب بماء السماء ايضا للحسن والصفاء به لقبت ام المنذر بن امرء القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير شعر ولازمت الملوك من آل نصر وبعدهم بني ماء السماء وجمع المص بينهما حيث قال لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه واما جلا فقد استعمل مرادا به الانسان في قول سحيم شعر انا ابن جلا وطلاع الثنايا متى اضع العمامة تعرفوني ذكر كلام سيبويه ليفيد انه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كانه قال انا ابن الذي جلا اي اوضح وكشف واما قول القلاخ انا القلاخ بن جناب بن جلا فيحتمل كونه علما لقبا وكونه وصفا ايضا ثم انه انما يراد به التشبيه في كشف الشدائد واماطة المكاره فلا يكون قذفا وهذا وذكر انه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمي به والكان للسخاء والصفا فينبغي في حالة الغضب ان يحمل على اضعف لكن جواب المسئلة مطلقا فالجواب انه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن ان يجعل المراد

وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحاق واسماعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني

في حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قول لست بعربي لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سببه بنفي الشجاعة والسخاء عنه ليس غير **قوله** وان نسبه لعمه او خاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا فالاول وهو تسمية العم ابا لقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحاق واسمعيل كان عما له اي ليعقوب عليهم الصلوة والسلام والثاني لقوله عم الخال اب قالوا هو غريب غير ان في كتاب الفردوس لابي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد من لا والد له والثالث للتربية وقيل في قوله تعالى ان ابني من اهلي انه كان ابن امرأته **قوله** ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل والحالة حالة الغضب وسيظهر ان هذا القيد مراد لا يصدق ويحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل والزنأ وان كان يهمز فيقال زنأة على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها اشبه ابا امك او اشبه عمل ترد على وال ولا تكونن كهلوف وكل يصبح في مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زنأ في الجبل واما قول شارح اصلاح المنطق فقال الناهي لرجل راى ابنا له ترقصه امه فاخذه من يديها وقال اشبه ابا امك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري اي كن مثل ابي امك او مثلي مثل اخي فحذف المضاف اليه والمراد كن مثل ابي امك او مثلي وكان ابو امه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي وامه منفوسة بنت زيد الفوارس قال فاخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخي او اشبهن اباكا اما ابي فلن تنال ذاكا تقصر عن مثله يداكا والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام المفتوحة الثقيل والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر في النهاية قوله او اشبه حمل الجيم وقال اسم رجل هو الحي من العرب وهو حمل ابن سعد والوكل العيال على غيره ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا على ما اسلفنا لان من العرب من يهمز الملين اي اللين في غير التقاء الساكنين كقول العجاج وخندق هامة هذا العالم ومنه قوله صبرا فقد هيجت الشوق المشتاق ولانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز واما نحو قطع الله اديه اي يديه والتمثيل به بناء على ان المراد بحرف اللين اي الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على انه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمز وافي الالتقاء على حدة فان كان على خلاف العادة يقال دابة وشابة وقرئ ولا الضالين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من انه سيظهر ارادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يا زاني او زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله وذكر الجبل تعين الصعود مرادا قلنا انما يتعين ذلك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم ان المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلفظ في بل الجواب مع ان ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع في الجبل اي في بعض بطونه وعلى الجبل اي فوقه كما قد تقع على السطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فيبقى الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة ولو قال زنأت على الجبل والباقي بحاله اي في حال الغضب قيل لا يحد لما قلنا آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه وهي حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب ان في حالة الرضا لا يجب الحد اذ لا يجب بالشك بل لا داعي فالظاهر عدم ارادة السبب

قوله ومن قال لآخر يا زاني فقال له الآخر لا بل انت فانهما يحدان اذا طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان واذا طالب كل الآخر واثبت ما طالب به عند الحاكم لزم حينئذ حق الله تعالى فهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال انت تكافأ ولا يعزر كل منهما للآخر لان التعزير بحق الآدمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا اما كون الاول قاذفا فظاهر واما الثاني فلان معناه لا بل انت زان وكذا لو كان

ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان ومعناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد

المجيب عبدا احد مرفوعا على انه قاذف الى زيد ... فقد قذف العبد وقال الاستاذ يعني كلمة بل عطف ليستدرك بها الغلط في التراكيب الاستعمالية فيصير الخبر المذكور في الاول اي في التركيب الاول ثابتا خبرا لمذكور في الثاني فاذا قال زيد قائم وقام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرو في التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المسند اليه خبرا عنه ... فاذا قال يا زاني بل ... النظير ... واذا كانت كذلك فيصير معنا المتكلم ... بل انت زان قوله ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة خاصة اذا ترافعا ولا لعان لانهما قاذفان فان قذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي تقديم احدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصير محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملاعنة ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمته الام فحد سقط اللعان لانه شهادة ولو خاصمته المرأة اولا لاعن القاضي بينهما فاذا خاصمت الام بعده حد القاذف فقدمنا الحد درءا للعان الذي هو في معناه ولو كانت قالت في جواب قوله يا زانية زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فتكون قد صدقته في نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا فلم يصدقها عليه وهذا معنى قوله وانعدامه منه اي التصديق منه فيجب الحد دون اللعان ويحتمل انها ارادت زناي ما كان من تمكيني اياك بعد النكاح وهذا الكلام يجري بين الزوجين في العادة مجرى مجاز المشاكلة مثل وجزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلها مع زوجها ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن اطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا الاحتمال لا حد عليها لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعيين احد التقديرين بلا بينة غير مستقيم فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك هذا معنى قوله فجاء ما قلنا اي من انه لا حد ولا لعان ولولا ان مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه اياها بالاغاظة لوجب حدها البتة عينا لقذفها اياه اذ النسبة الى الزنا منصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب ان تحلف الزوجة انها لم ترد الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بتفسيرها واحدا في وجه وعلى الزوج الحد ونحن نقول ان هذا ليس اقرارا صحيحا بالزنا ولقولنا قال احمد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان هذا ظاهر قوله ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا زوجته فيلاعن وان نفاه اولا ثم اقر به قبل اللعان يحد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد لان اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب بين الزوجين في زنا الزوجة والاصل فيه اي في اللعان ما هو الاصل لقذف لانه قذفها فاذا بطل الحلف يبطل التكاذب صير الى الاصل فيحد الرجل قوله وفيه خلاف ذكرناه في اللعان الذي ذكره في اللعان انه اذا اكذب نفسه بعد اللعان ونفي الولد وتفريق القاضي حده القاضي وحل له ان يتزوجها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد قوله والولد ولده في الوجهين اي ما اذا اقر بالولد ثم نفاه وما اذا نفاه اولا ثم اقر به لاقراره به سابقا في الاول فيثبت ولا ينتفي ما بعده ولاحقا في الثانية فيثبت به بعد النفي قوله واللعان يصح بدون قطع النسب الخ جواب سؤال هو ان يقال ان سبب اللعان ليس الا نفي الولد فاذا لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان نفي الولد وقطع النسب الا ترى انه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فانه يلاعن ولا ينقطع النسب كما يصح بلا ولد اصلا بان قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن ولا ولد هناك ينقطع نسبه واما انه لو نفى نسب ولد امرأته الامة فانه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فيصح لكن

وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا **قال** ومن وطي وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطي وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطي في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة وان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد

ثلا دخل له في الجواب **قوله** وان قال اي الزوج الذي جاءت زوجته بولد ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه اذا انكر انه ابنها انكر الولادة فكان نفي كونه ابنه لنفي ولادتها اياه ونفي ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار الزنا منها **قوله** ومن قذف امرأة ومعها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي وقت القذف او ميت فلا حد عليه اما لو قذف ولد الملاعنة نفسه او ولد الزنا فانه يحد ولو انه بعد اللعان ادعى الولد فحد او لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره او هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيبه نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد من قذفها بعد ذلك لا يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرافعته واقامت بينة انه اكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او معاينة وجه عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها اي الى الامارة وهي اي العفة شرط واعلم انه ان صح ما رواه الامام احمد وابو داود في حديث هلال بن امية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه احمد ايضا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين انه يرث امه وترثه امه ومن رماها به جلد ثمانين ومن دعاها ولد زنا جلد ثمانين اشكل على المذهب والائمة الثلثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها اجيب بانه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره الا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا نعلم خلافا في ذلك الا ان الشافعية في وجه انه اذا قذفها اجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه ان لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انها لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته لا يسقط احصانها وانما هو ليتنفى الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عقابه بان يضاف الى عذاب الزنا وعذاب الشهادة المؤكدة بالايمان الغموسة او يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنفي الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجبت ذلك وقد اول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى تاويل واما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع ورود السؤال انما هو بناء على انه كلام تحقيقي على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له

قوله ومن وطي وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ح انما هو تشنيع بانه لما لم يكن بحيث يحصل عنده الاحصان بل هو مجموع امور العفة احدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة ولان القاذف صادق لان الوطي في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه او ابهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه او بزنا آخر او ابهم نص عليه في اصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن ابي ليلى ووجه قولنا ان النص انما اوجب الحد على من رمى المحصنات ومعناه المحصنين بالزنا لا يقتضي الاحصان فمن رمى غير المحصن فلا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم وان بعد التوبة فيعزر والاصل فيما يعرف به الوطي يسقط الاحصان ان الوطي الذي يسقطه ان من وطي وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه على قاذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب للحد وان كان وطيا محرما لغيره يحد قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم لعينه هو الوطي في غير الملك من كل وجه

بيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رح ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رح لان الملك زائل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح

كوطي الحرة الاجنبية والمكرهة اعني ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم فلا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكره الواطي ذكره في المبسوط وامة غيره او من وجه كالامة المشتركة بين الواطي وغيره وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة كوطي امته التي هي اخته من الرضاع ولو كانت الحرمة موقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطي امته الاختين والزوجة في حالة الحيض والنفاس فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط في عدم ثبوت حد القاذف للواطي في الحرمة المؤبدة كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة ابيه بالنكاح او بملك اليمين فلو تزوجها الابن او اشتراها فوطيها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة او جمع بين اختين وطيا بملك يمين او نكاح او بين امرأة وعمتها وخالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد فوطي الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة ومسها مع شهوة بحيث انتشر معه ثم تزوج بنتها او امها او اشتراها فوطيها حد قاذفه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لتابيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية ابنه فوطيها يسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف بين العلماء وابو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان يثبت بقياس او احتياط كثبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تع ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطي الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله او بالحديث المشهور مثاله حرمة وطي المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطي امته التي هي خالته من الرضاع او عمته لقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** بيانه شروع في تفريع فروع آخر على الاصل اذا قذف رجلا وطي جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار اي بالقذف الاول لا يعمل ههنا فانه لما يقارنه بل وقع متاخرا والمفروض ان بالاقرار تقرر حق الآدمي لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد **قوله** وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها ورجلا زنى في نصرانيته فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بان قال زنيت وانت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وانت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وانت كتابية او امة فلا حد عليه لانه انما اقر انه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزمه حد لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من يحدث يقام عليه الحد او لا حتى ان الكافر الحربي اذا زنى في دار الحرب ثم اسلم فقذفه لا يحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او مزوجة او المشتراة شراء فاسدا او امرأته وهي حائض او مظاهر منها او صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها او مكاتبة فعليه الحد لان الشراء الفاسد يوجب الملك فكانت الحرمة في كل من هذه التقادير موقتة مع قيام الملك فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تع الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه الملك فلا يسقط احصانه بالوطي فيه ولا يحد قاذفه وعن ابي يوسف ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك

ولو قذف مكاتبا ومات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رح وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده فان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف رح انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح

زائل في حق الوطي ولهذا يلزم السيد العقر لها ولو بقي الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطي امته المجوسية والحائض ونحن نقول ان قلتم ان ملك الذات انتقاد من وجه كالمشتركة فممنوع وان عنيتم ان ملك الوطي انتفاء سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة المجوسية فيثبت ان الحرمة لغيره اذ هي موقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الاحصان كالراهن اذا وطي امته المرهونة وهي بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان ذكره في المبسوط ولو قذف رجلا وطي امته وهي اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة موبدة وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول توطيها لا يسقط الاحصان وهو قول مالك واحمد والشافعي رح لقيام الملك فكان كوطي امته المجوسية وجه الصحيح ان الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت موقتة اما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للمحل اصلا فكيف تجعل لغيره **قوله** ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف الصحابة في انه مات حرا او عبدا فاورث شبهة في احصانه وبه يسقط الحد ولا نعلم فيه خلافا من من يعتبر الحرية من الاحصان **قوله** ولو قذف مجوسيا تزوج بامه يعني لو تزوج مجوسي بامه او بنته ثم اسلم ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم في حال اسلامه يحد عند ابي حنيفة بناء على ما مر من ان النكاح لها حكم الصحة عند ابي حنيفة وقالا لا يحد بناء على ان ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الائمة الثلاثة وقد مر في كتاب النكاح في باب نكاح اهل الشرك **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذي فيكون ملتزما بالضرورة ان لا يؤذي وفي بعض النسخ طمع ان لا يؤذى فكان ملتزما موجب اذاه وهو الحد **قوله** واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب عندنا لان رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعي فعنده تقبل شهادته اذا تاب كالتائب اذا تاب من الشرب وغيره من المعاصي وهي خلافية تعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى **قوله** واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على اهل الذمة وهذا لان له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد لان النص اوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم اسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردود الشهادة ابدا والردة ما زادته الا شرا فبالاسلام لا تحدث له شهادة بخلاف الكافر الاصلي ولهذا قبلت مطلقا على اهل الاسلام وغيرهم وبه اندفع ما قيل ينبغي ان لا تقبل بعد الاسلام على اهل الذمة لانها كانت قبله وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه اخرى نافذة على الكل لا على اهل الاسلام فقط او على المسلمين وتبعيته على الكافر وهذا بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم اعتق فانه لا تقبل له شهادة ابدا لانه لم تكن له شهادة في تلك الحال للرق وقد وجب الحد عليه وهو رد شهادته مع الجلد فينصرف الى ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل ان يقول ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة او قائمة لانه تع قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والحادثة شهادة واقعة في الآثار فمقتضى النص ردها والجواب ان التكليف بما في الواسع فحينئذ كان برد شهادته والامتثال انما يتحقق برد شهادته القائمة ان كانت والا فيما تحدث واذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال ثم فلو حدثت اخرى فلو رد كان بلا مقتض اذ الموجب اخذ مقتضاه **قوله** وان ضرب يعني الكافر سوطا في حد ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة اي للحد والمقام بعد الاسلام بعض الحد وبعض الشئ ليس هو ذلك الشئ فلم يكن رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح لما ذكرنا وعرف انه لو اقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم اسلم واقيم الباقي تقبل شهادته عند ابي يوسف ايضا وارد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام

النصف

قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني

فينبغي ان لا يكون صفة وايضا جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لما ان العتد اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر القريب مان لنص يرد بالامر بالجلد والنهي عن القبول وليس احدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما بما يمكن والممكن رد شهادته القائمة للحال فيتقيد النهي بها وبهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر واصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزى فما دونه يكون تعزيرا للحد او التعزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة عن ابي حنيفة ثلث روايات احدها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا اقيم عليه اكثر الحد سقطت اقامة للاكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المص عن ابي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلثة في النصراني اذا اقيم عليه بعض الحد ثم اسلم على ما ذكر في الجامع الصغير **قوله** ومن زنى او شرب او قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله سواء قذف واحدا مرارا او جماعة بكلمة كقوله انتم زناة او بكلمات لان يقول يا فلان انت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان يقذف قبل ان الا يحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم لا يحد ثانيا الا اذا كان يقذف آخر مستانف وحكي ان ابن ابي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ ابا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدنا اخطا في مسئلة واحدة في خمسة مواضع الاول اخذه بدون طلب المقذوف والثاني انه لو خاصم وجب حد واحد والثالث فيه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي ان يتربص بينهما يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي ان يتعرف ان والديه في الاحياء اولا فان كان حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه ايضا في فروع نختم بها وقوله غير مرة يتعلق بكل واحد من الثلاثة الى من زنا غير مرة او شرب غير مرة او قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا يتعدد كيف ما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس واحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر من قوله اما الاولان وهو كل من الزنا والشرب فلان المقصد من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار عن فعله في المستقبل واحتمال حصوله بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد قائم فيتمكن شبهة فوت المقصود في الثاني والحدود تندرئ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به ان الاجماع لما كان على درء الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرار عند التكرار فالتكرار الواقع بعد حد الاول بل هذا ضروري فانك علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الآية ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم

وهذا على خلاف ما اذا زنى وقذف وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل

فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عنده عم اعم من كونه بوصف الكثرة او القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا لمائة او ثمانين ليس غير فاذا جلده ذلك وقع الامتثال ثم هو انما صار كمقتضى التكرار بالتكرير فيما اذا قذف فحد مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحد مرتين في حد الزنا الكثر فالحق ان الاستدلال بالآية لا يخلصه فانه يلجى الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى انه حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات انه حق آدمي فما ذكر المصنف اخصر واصوب وقوله واما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان محتاجا الى الحاقه بل بين الدليل المذكور يجري فيه وهو انه حد شرع حقا لله سبحانه ووقع لمقصود الانزجار عن الاعراض فحيث اقيم ثبت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره فليس غير قوله بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق ثم اخذ يعني وثبتت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من اسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حد في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه

فروع ثبت عليه باقراره السرقة والشرب والقذف وفقأ عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد ثم اذا برئ اخرجه فيحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق الله وهو ثابت بالنص ثم يجعل حد الشرب آخرا فانه اضعف لانه بالاجتهاد وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكلما اقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحد وهي معنى حسن وانه وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى وقد اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل لنفس فتقتل ويترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم والمعنى ان المقصود الزجر له ولغيره واتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا انه يضمنه السرقة لو اتلفها لانه وجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد ولهذا يضمنه فيؤمر بالفائها من تركته ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي اذا اراد ان يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عم في الغامدية او يبعث امينا كما فعل عم في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا انكره ولا في شيء من الحدود لانه لا يقضى بالنكول وهو ممتنع في الحدود ولان النكول اما بذل او بدل لا يكون في الحدود او قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف على سببهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة اخذ المال بقيد فيحلف على اخذ المال لا على فعل السرقة حتى نكوله يقتضي موجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا اقام المقذوف بينة بالقذف سألها القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا انه قال يا زاني وهم عدول حد وان لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفل على ما تقدم من الزنا اذا رجع البينة او اقر

و ما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله ويكون للحفاظ ثمانين وقال الشافعي رحمه الله لا يفرق بين المقذوف او المقذوف به هو الزنا لا بتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

في شيء من الحدود والقصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول ولهذا لا يجبره ابو حنيفة وفي قول ابي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ
منه الكفيل فهذا الاختلاف عندهما في دعوى حد القذف والقصاص لا خلاف انه لا يكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة
لا تجري في ايفائهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فاما اخذ الكفيل
بنفس المدعى عليه فعند ابي حنيفة اذا زعم المقذوف ان له بينة حاضرة في المصر وكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس
فان احضر بينته والا خلى سبيله وعند ابي يوسف ومحمد يأخذ منه بنفسه الى ثلاثة ايام وقالا حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق
العباد وفي اخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعي من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وابو حنيفة يقول بناء
الحدود على الاحتياط والاحتيال في درئها لا اثباتها وكان ابو بكر الرازي يقول مراد ابي حنيفة ان القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه
فلا بأس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطالب بهذا القدر فاما ان اقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة
فهو كما لو لم يقم احدا لا يلازمه الى آخر المجلس وان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال لي شاهد آخر يومين او ثلثة بهذا القدر استحسان وهذا
كله عند ابي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس بالحد وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه فلا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهد
على القذف في المكان او الزمان لا تبطل شهادتهما عند ابي حنيفة وعندهما يمنع قبول الشهادة لانه انشاء بسبب موجب للحد فما لم يتفق
الشاهدان على سبب واحد لا يقضي به كما لو اختلفا في اقراره بالقذف والشهادة وابو حنيفة يقول القذف قول قد يتكرر فيكون
حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار
الا اني استحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل ان من تزوج امرأة ثم اقر انه كان قذفها قبل النكاح كان عليه الحد
ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها في العربية والفارسية وغيرها بطلت شهادتهم لان عند
اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوه وكذا لو شهد احدهما انه قال يا ابن الزانية والآخر ليست بابيك ولو شهد احدهما انه قذفه يوم
الخميس والآخر انه اقر انه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل في اثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو كان القاذف
بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة يصدق قولي اجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير ان يطلق عنه ويقال له ابعث
الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتي بهم اطلق عنه ويبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يلتفت
الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له ان يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر
المجلس قليل لا يتضرر كالتأخير الى ان يحضر الجلاد وعن ابي يوسف يستأنيه الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن
اقامة اربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا في الشهود يمهل الى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرف انه لا يقبل
منه الا اربعة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين فان شهد رجلان او رجل وامرأتان
على اقراره بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأن سمعنا اقراره بالزنا
الا ان المعتبر في الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ولو ان المقذوف قيل ان يقام الحد على القاذف او

فصل في التعزير

وطئ وطئا حراما على ما ذكرنا او ارتد سقط الحد عن القاذف ولو اسلم بعد ذلك لان احصان المقذوف شرط فلا بد من
وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس او عتة ولكن لا لزوال احصانه بل لتمكن شبهة انه لو كان ناطقا لصدقه ولا يلقن القاضي
الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود جنس آخر تقدم ان قوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس لا حد عليه وهو من
المبسوط وفي فتاوى قاضي خان قال انت ازنى الناس او ازنى من فلان عليه الحد ولو قال انت ازنى مني لا حد عليه ولو قال لها
يا زانية فقالت انت ازنى مني حد الرجل وحده ولو قال لامرأته ما رأيت زانية خيرا منك لا حد عليه وكذا لو قال لامرأته وطئك فلان وطئا حراما
او فجر بك او جامعك حراما لا حد عليه وكذا اذا قال اخبرت انك زان او اشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفا
لهما لان العادة ان لا معية حالة الزنا فانصرف الى معية الفعل دون الحضور ومن قال لست لابويك لا يكون قاذفا وهو
ظاهر لست لانسان لست لرجل ليس قذفا رجل قذف ولده او ولد ولده لا حد عليه ولو قذف اباه او امه او اخاه او عمه حد قال لرجل قل
لفلان يا زاني فان قال الرسول المرسل اليه فلان يقول لك يا زاني لا حد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زاني حد الرسول
خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب لقذف بعد ذلك ولو قال يا ابن الحجام او يا ابن الحائك لا حد ولو قال لرجل
يا ابني لا حد عليه لانه تلطف وكذا يا ابن النصراني او يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال في بيت لم يشرب الخمر
ولم يزن فقال آخر همكر دست لم يحد لانه ليس باشارة الى هذه الافعال ولو قال اين همه كرده است فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وى
اين همه كرده است يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال لرجلين احدكما زان
فقيل له هذا هو لا حد بها فقال لا حد عليه لان اصل القذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا يجب عليه الحد لان القذف فيه موجب للحد فكان
لكل واحد ان يدعي ما لم يعين المستثنى من فروع تداخل حد القذف ما ذكره المصنف في التجنيس عبد قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين فلو جاء الاول فضرب
اربعين ثم جاء به الآخر تمم الثمانين لان الاربعين وقع لهما فبقي الباقي اربعين ولو قذف آخر قبل ان يأتي به الاول الثمانون تكون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين للثاني
لان ما بقي تمامه حد الاحرار فجاز ان يدخل فيه الاجزاء وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا روسبي يحد ولو قال يا قحبة يعزر

فصل في التعزير لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي وكدها اتبعها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل فالتعزير تأديب دون الحد واصله من العزر
بمعنى الرد والردع وهو مشروع في الكتاب قال الله تعالى واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تاديبا وتهذيبا وفي الكافي قال عليه السلام لا ترفع عصاك
عن اهلك وروي انه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث في المبسوط وهي عنه عليه السلام قال رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه اهله واقوى من هذا الاحاديث قوله عليه السلام لا يجلد فوق عشر
الا في حد وسيأتي وقوله فاضربوهم عليها تركها لعشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير واجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو ان الزجر عن الافعال السيئة كيلا تصير ملكة
فيتفاحش عليه ضرر الاقلاع والقبح والفحش واجب وذكر التمرتاشي عن السرخسي انه ليس فيه شيء مقدر بل مفوض الى راي القاضي لان المقصود منه الزجر واحوال الناس
مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج الى اللطمة والى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير
اشراف الاشراف وهم العلوية والعلماء بالاعلام وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا فينزجر به فتعزير الاشراف
وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير

الا فسبه بهذا الكلام وبالضرب وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال وعندهما وباقي الائمة الثلاثة لا يجوز وفي الخلاصة سمعت
من ثقة ان التعزير باخذ المال ان راى القاضي ذلك او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال مبني على اختيار
من قال بذلك من المشائخ بقول ابي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل احد بعلة النيابة عن الله تعالى وسئل ابو جعفر
الهندواني عمن وجد رجلا مع امراته ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم انه
لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المراة يحل قتلها ايضا وهذا تنصيص على ان الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح
في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك حيث قال من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان
لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت توليتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على
الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا ان يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا راه الامام واجب وهو قول مالك واحمد رح و
عند الشافعي ليس بواجب لما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني رايت امراة فاصبت منها ما دون ان اطاها
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم و
تجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي ارضه فلم يوافق غرضه ان كان ابن عمتك فغضب النبي
صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا ان ما كان منصوصا عليه من التعزير كما في وطي جارية امراته او جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما
لم يكن منصوصا عليه اذا راى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة او علم انه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله
تعالى فوجب كالحد وما علم انه انزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما اصاب من المراة
فانه لم يذكر للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره له ليس الا الاستعلام بموجبه ليفعل معه واما حديث ابن الزبير فالتعزير
لحق آدمي وهو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضي خان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو
على الشهادة والشهادة ويجري فيه اليمين يعني اذا انكر انه سبه يحلفه ويقضى بالنكول ولا يخفى على احد انه ينقسم الى ما هو
حق العبد وحق الله فحق العبد لا شك انه يجري فيه ما ذكروا واما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا انه يجب
على الامام ولا يحل له تركه الا فيما علم انزجار الفاعل قبل ذلك ثم يجب ان يتفرع عليه انه يجوز اثباته بمدع شهد
فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضي خان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروة
وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روي عن ابي حنيفة انه يضرب وهذا يجب ان يكون
في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يتمكن للقاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن ان يكون محله ما كانت
من حقوق الله تعالى ولا منافاة لانه اذا كان ذا مروة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلا يكون
مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا تقييد يعني بالضرب في اول مرة فان عاد عزره رح بالقرب
ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروة

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فيجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه

يوعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروة عندي في الدين والصلاح **قوله** ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر بالاجماع الا على قول داود في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية التي لها ولد مسلم قال يحد به وانما عزر لانه اي هذا الكلام جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق ومثله يا لص او يا فاجر او يا زنديق او يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط او يا لوطي او قال انت تلعب بالصبيان يا اكل الربوا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ماوى اللصوص يا ماوى الزواني يا منافق يا يهودي عزر كذا مطلقا في فتاوى قاضي خان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح اما لو قال لفاسق يا فاسق او للص يا لص او للفاجر يا فاجر لا شيء عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه اذا اذاه بما الحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه اما في علم فان الشين قد الحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسال عن نيته ان اراد انه من قوم لوط فلا شيء عليه وان اراد انه يعمل عملهم عزر على قول ابي حنيفة وعندهما يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت او هزل ممن تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة او بهيمة عزر قال المص الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى وهو ما اذا قذف غير المحصن الزنا لانه من جنس ما يجب به الحد وهو الرمي بالزنا وفي الثانية وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي الراي الى الامام **قوله** ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين اصلا بل انما الحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذيب يا حجام يا بغيا يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا مسخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مواجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في الكشخان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به والقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امراته ومثله في عرف ديار مصر والشام المعرص والقواد و ثم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واختيار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوى قاضي خان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذيب وذكر قاضي خان عن امالي ابي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح والمص استحسن التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فحصلت ثلاثة والمذهب هو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندواني يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر قائله او لا فلا ويعزر في مقامر وفي قذر وقيل في بليد وانا اظن انه يشبه با ابله ولم يعزر وابه **قوله** والتعزير اكثره تسع وثلثون سوطا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعون سوطا والاصل في نقصه عن الحدود قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ذكر البيهقي ان المحفوظ انه مرسل واخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ناجية في فوائده ثنا محمد بن حسين الاصبحي ثنا عمر بن علي المقدمي ثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن

فيه الفقه برهم شد الهم ٢٢

ما الحق الشاين به للتيقن بنيته وقيل في عرفنا يعزر لانه بعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسا وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده

عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلا فقال اخبرنا مسعر بن كدام اخبرني ابو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند اكثر اهل العلم واذا لزم ان لا يبلغ به حدا وابو حنيفة ومحمد نظرا الى صراقة عموم في النكرة في النفي فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليها بالنص المذكور خصوصا والمحل محل احتياط في الدرء وابو يوسف اعتبر اقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا وفي رواية هشام عنه وهو قول زفر وهو القياس انه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهي عنه وفي ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه امر في تعزير رجل بتسعة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا باصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد الاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده انه امر بخمسة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين قال وروي مثله عن عمر يعني خمسة وسبعين وليس بصحيح ونقل عن ابي الليث قال قيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار واكثره مائة والنصف من حد العبيد واكثره خمسة فتحصل خمسة وسبعون ومنع صحة اعتبار هذا الاخذ وهو يضره بعد ان اثره عن علي كما ذكر في الكتاب من انه قلد عليا فيه وكونه لا يعقل يؤكده اذا الغرض انه لا يدرك بالراي يجب تقليد الصحابي فيه وانما يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال اهل الحديث انه غريب ونقله البغوي في شرح السنة عن ابن ابي ليلى وبقولنا قال الشافعي في الحر وقال في العبد تسعة عشر لان حد العبد في الخمر عنده عشرون وفي الاحرار اربعون وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد في التعزير على الحد اذا راى المصلحة في ذلك مجانبا لهوى النفس لما روي ان معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه وكلم فيه فضربه مائة اخرى فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه وروى الامام احمد باسناده ان عليا اتي بالنجاشي الشاعر قد شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطا للفطر في رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز ان يبلغ بما هو اهون من الزنا فوق ما فرض للزنا وحديث معن يحتمل ان له ذنوبا كثيرة او كان ذنبه يشمل كثرة منها التزوير واخذ مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة لغيره ممن كانت نفسه عارية عن استشعار قبحها وحديث النجاشي ظاهر على ان لا احتجاج فيه فانه نص فيه على ان ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان وقد نص على انه لهذا المعنى ايضا الرواية الاخرى القائلة ان عليا رض اتي بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين لجرأتك على الله تعالى وافطارك في رمضان فان الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث وعن احمد لا يزاد على عشرة اسواط وعليه حمل بعض اصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبي فقد صح عنه ع‍م في الصحيحين وغيرهما من حديث ابي بردة انه قال لا يجلد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله واجاب اصحابنا عنه وبعض الثقات بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار احد وكتب عمر الى ابي موسى ان لا يبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الى الاربعين وبما ذكرنا من تقدير اكثره بتسعة وثلاثين يعرف ان ما ذكر مما تقدم من انه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض الى راي الامام اي من الانواع فانه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره اي ان اقتضى رايه الضرب

ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشائخنا ان ادناه على ما يراه الامام يقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه تقرب كل نوع من بابه فتقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف **قال** وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير **قال** واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء **قال** ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف

في خصوص الواقعة فانه لا يزيد على تسعة وثلاثين **قوله** ثم قدر الادنى في الكتاب يعني القدوري بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشائخنا ان ادناه على ما يراه الامام يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري انه لو رأى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح في الخلاصة فقال واختيار التعزير الى القاضي من واحد الى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدوري انه اذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الامام ان هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لانه حيث وجب التعزير بالضرب فاقل ما يلزم اقله اذ ليس وراء الاقل شئ واقله ثلاثة ثم يقتضي انه لو رأى انه انما ينزجر بعشرين كانت العشرون اقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو رأى انه لا ينزجر باقل من تسعة وثلاثين كان على هذا اكثر التعزير فانه اقل ما يجب منه في ذلك الرجل ويبقى فائدة تقدير اكثره بتسعة وثلاثين انه لو رأى انه لا ينزجر الا باكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك بضربه الاكثر فقط نعم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله انه على قدر عظم الجرم وصغره واحتمال المضروب وعدم احتماله وعنه انه يقرب كل نوع من اسباب التعزير من بابه فتقدر باللمس والقبلة للاجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه يعزر في اللمس الحرام والقبلة اكثر جلدات التعزير ويعزر في قوله يا فاجر ويا خبيث اقل جلدات التعزير لكن في فتاوى قاضي خان ان اسباب التعزير ان كانت من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ اقصى التعزير وان كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب به ايضا فيكون مفوضا الى رأي الامام **قوله** وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك بان يرى ان اكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها او هو في شك من انزجاره بها يضم اليه الحبس لان الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو رأى الامام ان لا يضربه ويحبسه ايام عقوبة فعل ذكره في الفتاوى وغيرها وهو قول المصنف حتى جاز ان يكتفى به وقد ورد به الشرع في الجملة وهو ما سلف من انه عم حبس رجلا في تهمة فجاز ان يقيمه اذا شك في انزجاره بدونه **قوله** ولهذا اي ولان الحبس بمفرده يقع تعزيرا لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته اي لم يشرع الحبس تهمة فيما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتيمة فاحشة او انه ضربه واقام شهودا لا يحبس قبل ان يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود وهذا لانه اذا عدلت الشهود لم يمكن اقامة الواجب حسا فقط وكان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم اعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لانه اذا شهدوا بما يوجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به سببا آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة **قوله** واشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف لئلا يؤدي الى فوت المقصود من الانزجار ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء لجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذكر في المحيط ان محمدا ذكر في حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء وذكر في اشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسألة روايتان بل موضع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبلغ التعزير الى اقصى غاياته بان اصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع او اخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والا فسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضع ما في الاشربة ما اذا عزر ادنى التعزير كثلاثة ونحوها فان عددا يسيرا فالاقامة في موضع واحد لا يفسده وتفريقها ايضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في

ومن حق الامام او غيره ان مات ذمته هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ
بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية
في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى
عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

محل واستدل على هذا بمعنى اشدية الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل لانه قيل انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا ثم حد الزنا لان التعزير في الشدة لانه
ثابت بالكتاب وهو اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم وهو اتلاف النفس بالكلية ثم حد الشرب لانه ثابت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن وفي
زمنه عم كان غير مقدر على ما تقدم ولان سببه متيقن فيكون سببية لا شبهة فيها والمراد الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت
لانه بالبينة او الاقرار والايجاب اليقين فان قيل يرد عليه انه شرعا بمعنى ان عندهما يتيقن بلزوم الحد وان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا
كذلك القذف يثبت بالبينة والاقرار فلا يقع فرق ح بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه فرية وبالبينة لا يتيقن بذلك
لجواز صدقه فيما نسبه اليه ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ مرة اخرى من حيث الوصف وهو شدة الضرب ولان الشرب
يتضمن القذف كما قال علي رض اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد ونظر الى المظنة
فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير واخفها حد القذف وعند احمد اشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل
سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يجرد في التعزير في ازار واحد وفي الفتاوى قاضي خان يضرب في التعزير قائما
عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير قوله ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر وهو قول مالك واحمد وقال
الشافعي رح يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب
عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان اصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين عليه
في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة فلم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام
مامور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير لحق الله تعالى وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما في
الفصاد ولانه لا بد له من الفعل والا عوقب والسلامة خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه ان لا يتعرض لسببها القريب
وهو بين ان يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه او يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مولم زاجر وقد يتفق ان يموت الانسان
به فلا يتصور الامر بالضرب المولم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناح في الفعل واطلاقه وهو مخير فيه
بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن اذا عزر امراته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع
الى المراة من وجه آخر وهو استقامتها على ما امر الله به وذكر الحاكم لا يضرب امراته على ترك الصلوة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا ادب الصبي فمات
منه يضمن عندنا والشافعي اما لو جامع زوجته فماتت او افضاها لا يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ذكره في المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه
ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد ثم في التتمة الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير ان لا يجيبه قالوا ولو قال
له يا خبيث الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو اجاب مع هذا فقال بل انت لا باس به واذا اساء العبد الادب حل لمولاه تاديبه
وكذا الزوجة وفي الفتاوى القاضي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى ان يظهر التوبة وفيها عن ابي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشرب ويترك الصلوة
يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى انه يخلق ما يفعل ان تاب تبرا او قال ان الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كان
... [illegible]

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانه انشاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعنى قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه

اخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجته بتلك اللعبة فهذا ساحر ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد ان له اثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير اعني عدم الحكم بارتداده فينبغي ان يكون حكمه ان يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم ان فلانا يتعاطى من المناكير لابيه قالوا ان وقع في قلبه ان اباه يقدر ان يغير على ابنه حل له ان يكتب وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين المرء وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعين على شبهة الشرب وان لم يشرب او من معه ركوة خمر والمفطر في نهار رمضان تعزر ويحبس والمسلم يبيع الخمر او يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية وكذا من قبل اجنبية اعتنقها او مسها بشهوة والله اعلم

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود والانزجار عن اسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي من ترتيبها في التعليم ترتب اسبابها في المفاسد فما كانت مفسدته اعظم تقدم على ما هو اخف لان تعليمه وتعلمه اهم واعظم المفاسد ما يؤدي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدي الى افساد العرض وهو القذف فانه امر خارج عن الذات يتشرف بها ويلتزق امر اقبح ويليه ما يؤدي الى اتلاف المال فانه الاخر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان اخرا فاخره للسرقة تفسير لغة وهي ما ذكر في الكتاب وهي اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا ايضا انما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك ان اخذ اقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل السرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي اخذ العاقل البالغ عشرة دراهم او مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتعم الشبهة في التاويل فلا يقطع السارق من السارق ولا احد الزوجين من الاخر او ذي الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلوة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضي والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر الدعاء فقط هذا قياسا في السارق من السارق خلاف **قوله** والمعنى اللغوي يعني الخفية مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء وذلك في سرقة النهار في المصر او ابتداء لا غير وهي في سرقة الليل فلهذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم اخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره في المصر نهارا واخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك من الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفي في الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها او يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله او كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع ولو كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن غير المالك او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والمغاصب

قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع والاصل
فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء
الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب
والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير بربع دينار وعند مالك رح بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله
عليه السلام ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح
يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى
احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم

والمرتهن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور واما شروطه
الحكم ومنها تفصيل النصاب فياتي في اثناء المسائل قوله اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل
في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما لانها بالمخالفة والمخالفة فرع
تعلق الخطاب قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير اختلف في انه هل تقطع بكل مقدار من المال ولا بد من مقدار معين للقطع في اقل منه فقال بالاول
الحسن البصري وداود الخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عم لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع
يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا في مال مقدر لقوله عم لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا
متفق عليه فلزم في الاول التاويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة من الحديد او النسخ ولو قيل ونسخه الضالين اولى من نسخ
ما رويتم قلنا لا تاريخ لنا وجها ولوية المحل وهو مع الجمهور فان مثله في باب الحد ويتعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك و
به تقييد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع اصلا كحبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية وكذا لا يخفى اخذه فلا يتحقق
باخذه ركن السرقة وهو الاخذ خفية ولا حكمة الزجر ايضا لانها فيما يغلب فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى
الزاجر عنه فهذا المخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون
لمقدار معين في تعيينه فذهب اصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب
مالك واحمد الى انه ربع دينار او ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطائه عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرة بنت عبد الرحمن
ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنا عشر بدينار فقطع عثمان يده قال مالك
احب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف او اتضع وذلك انه عم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في اترجة
قيمتها ثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعته الي انتهى وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته
ثلاثة دراهم اخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا غير ان الشافعي يقول
كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها ففي مسند احمد عن عائشة عنه عليه السلام اقطعوا في ربع
دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم فتقرر ان المراد مما ذكر المص من قوله ان القطع في زمن رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك
بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا للدرء ثم عرف انه قد قيل في
ثمن المجن اكثر مما ذكر واخبرنا بذلك حديث ايمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن ايمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عليه ونقل عن الشافعي رح انه قال لمحمد بن الحسن رح هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان القطع
في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن ايمن بن ام ايمن اخي اسامة
ابن زيد لامه فقال الشافعي اجاب بان ايمن ابن ام ايمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل ان يولد مجاهد قال ابن ابي حاتم في المراسيل

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع

وسالت ابي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن ايمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل وارى انه والد عبد الواحد بن ايمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر ان ايمن اسم للصحابي وهو ابن ام ايمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعي اخر وقال ابو الحجاج المزني في كتابه ايمن الحبشي مولى بني مخزوم وروى عن سعيد وعائشة وجابر وعنه ابنه عبد الواحد ووثقه ابو زرعة ثم قال ايمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن ابي عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما احسب له صحبة وقد جعله اسما لتابعين اما ابن ابي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن ابي حاتم مولى ايمن الحبشي مولى ابن ابي عمرو روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد سمعت ابي يقول ذلك وسئل ابو زرعة عن ايمن والد عبد الواحد فقال مكي ثقة وقال ابن حبان في الثقات ايمن بن عبيد الحبشي مولى ابن ابي عمرو المخزومي من اهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن ايمن وكان اخا اسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له ايمن ابن ام ايمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم ان له صحبة وهم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر ان ايمن ابن ام ايمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من التابعين وكذا فعل الدارقطني في سننه ايمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار رواه عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في ايمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي ام تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكر ابو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتباره فقد اختلف في تقويم المجن اهو ثلاثة او عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما امكن في الحدود ثم يقوى ما رواه النسائي ايضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم واخرجه الدارقطني ايضا واخرجه هو واحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وكذا اسحق ابن راهويه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المص وتايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه واشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روي عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند ابي حنيفة من رواية ابي مقاتل عن ابي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود قال كان تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف بن ياسين عن ابي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم واخرجه ابن خسرو من حديث محمد بن الحسن عن ابي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع **قوله** واسم الدراهم يعني في الحديث وهو قوله

والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد قوله أو ما يبلغ قيمته عشرة
دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه
لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص
لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس

أو عشرة دراهم تطلق على المضروبة عرفا فاذا اطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكر في القدوري وهو ظاهر
الرواية وهو الاصح للظاهر من الحديث ورعاية لكمال الجناية لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال
ولهذا اشترطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا تقطع بها ولو تجوز بها لان نقصان الوصف بنقصان الذات وعن ابي يوسف
يقطع بها اذا كانت رائجة حتى لو سرق عشرة تبرا اي فضة غير مضروبة صكا قيمتها اقل من عشرة مسكوكة لا يجب القطع على ظاهر المذهب
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وانت تعلم ان المطلق يتقيد بالعرف والعادة قوله والمعتبر وزن سبعة
يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل كما في الزكوة وتقدم تحقيقها في الزكوة هو
انه ينبغي ان يراعى اقل ما كان من الدراهم على ما قالوا واما هنا فمقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة
اصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر في القطع وزن عشرة هذا مقتضى اصلهم في ترجيح تقدير المجن
بعشرة بانه ادرء للحد وما كان دارئا كان اولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك اذا
تحققنا ان كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطا
ولم ينقل تقديرها بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا قوله قوله اي قول القدوري او ما تبلغ قيمته عشرة
اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا حتى لو سرق دينارا قيمته اقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد
من الدينار المذكور انه يقطع به في الحديث ما يكون متقوما به لا قيمة الوقت اي يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جيادا بوزن سبعة
مثاقيل او اكثر سواء كان في الوقت كذلك او لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمته غير الفضة عشرة
يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله او فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق في بلد
قيمته فيها عشرة فاخذ في اخرى وقيمتها فيها اقل لا يقطع وفي قول الطحاوي تعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق
اقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مضروبة لا يقطع لانه يخالف النص في محل النص وهو قوله لا قطع الا في ربع دينار
او عشرة دراهم في محل النص وهو ان يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب المأخوذ وعليه فرع في التجنيس
من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر في خلاصة فتاوى سمرقند اذا سرق ثوبا
لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع
على سرقة الدراهم الا ترى انه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوي درهما ولا بد ان يكون للمسروق منه يد صحيحة
حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو بعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف ان يخرجه ظاهرا حتى
لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر ان يتغوط بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال ان يخرج النصاب بمرة واحدة
فلو اخرج بعضه ثم دخل واخرج باقيه لا يقطع قوله والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف فيتكامل

ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فتعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع

وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة جناية لاموال الناس والرق منصف فيما امكن فيه التنصيف نصف ما عليه وبتحصيل موجب العقوبة وما لا يكمل ضرورة والا حد في السبب في حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فحد على نصف حد الاحرار لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء **قوله** ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي واكثر علماء الامة وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين وهو قول احمد وابن ابي ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن ابي يوسف اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى اما المنقول فما روى ابو داود عن ابي امية المخزومي انه عليه السلام اتي بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى يا رسول الله فاعاد عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرر اقراره واسند الطحاوي الى علي رض ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها في عنقه واما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود ونظيره الحاق الاقرار في حد الزنا بعدد الشهادة فيه ولابي حنيفة ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة واما المعنى فما ذكر بحد القذف من القصاص وهو وان لم يكن فهو في معناه من حيث انه عقوبة بل اظهر الموجب فيكتفى به كالقصاص وحد القذف واما قياسه على الشهادة فمع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الاقرار ولا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على ان الاقرار الاول ان كان صادقا فالثاني لا يفيد شيئا اذ لا يزداد صدقا وان كان كاذبا فبالثاني [illegible] فلا فائدة في تكراره فان قيل فائدته رفع احتمال كونه يرجع اجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار فلان يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه لان صاحب المال يكذبه فلا يقبل رجوعه وعن النظير المذكور اعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم ان ذلك بطريق القياس كيف واصله اعني الشهادة في علة التعيين لا حكمه وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع ان كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه اعلم **فرع** في عيون المسائل قال سرقت من فلانة مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن المائة هذا ان ادعى المقر له المالين وهو قول ابي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة واقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وينتفي الضمان بخلاف قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لانه اقر بسرقة مائتين ووجب القطع فانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه اقر بسرقة مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو انه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان وفي علامة العيون قال انا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال

قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة

والاول على الحال قوله ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وهذا باجماع الامة قوله وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة اي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كان نقب الجدار وادخل يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر الرواية او اخرج بعض النصاب ثم عاد واخرج البعض الآخر او ناول رفيقا له على الباب فاخرجه ويسألهما عن ماهيتها فانها تطلق على استراق السمع والنقص من اركان الصلوة وعن زمانها لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم ايضا ما اورد من ان التقادم ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تاخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف وقاضيخان يسألهما عن المكان لاحتمال انه سرق في دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا وفي الكافي وعن المسروق اذا سرقه لكل مال لا يوجب القطع كما في الثمر والكثر وعن قدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وانت تعلم ان شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا تستلزم بيان النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم ان يقول سرق مالي وانا مولاه او وجدت وانما يسأل عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو ان اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول ابي يوسف يجوز ولم يقع تفصيل في هذا الحكم اعني حبسه عند اقامة البينة حتى يزكوا ومقتضى ما ذكر من انه يحبس بتهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب انه صار متهما بالفساد انه لو صح التكفيل ينبغي ان لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض وكذا ذكر في الفتاوى من تهيم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في الحبس الى ان يظهر التوبة بخلاف بايع الخمر والمشتري وتارك الصلوة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله ان ياخذه وللامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتوبة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع ايضا حتى يحضروا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص ان لم يحضروا استحسانا كذا في كافي الحاكم قوله واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع ومعلوم تقييده قطعهم بما اذا لم يكن منهم احد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب احدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد يعني وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصابا

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ما يقطع فيه يعني المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا اخره عن بيان السرقة وما يتصل بها قوله لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام اي اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان اخذ واحرز وصار مملوكا التافه والتفه الحقير الخسيس من باب لبس كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير

والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا

والصيد بريا او بحريا والزرنيخ والمغرة وهو بفتح الغين الطين الاحمر ويجوز اسكانها والنورة **قوله** والاصل فيه حديث عائشة فهو ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ومسنده ثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في مسنده ولم يقطع في ادنى من ثمن مجنة او ترس ورواه مرسلا ثنا وكيع عن هشام بن عروة عن ابيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه اخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا اخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عائشة رض ولم يقل في عبد الله هذا شيئا الا انه قال لم يتابع عليه ولم ار للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان في روايته نظرا ولا يخفى عن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن ابي شيبة ومتابعة عبد الرحمن بن سليمان واذا عرف هذا فقال المص ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته اي الاصلية بان لم تحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه حقير فيكون تناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا ثم قوله بصورته ليخرج الابواب والاواني من الخشب وغير مرغوب فيه ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللولو ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر لبعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي ان يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والابنوس واختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين وقوله تقل الرغبات فيه يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المبالغة في التوصل اليه ولا تضن به الطباع اذا احرز حتى انه قلما يوجد اخذه على كره من المالك لا تنسب الى الجناية بناء على ان الظنة بها تبعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المص ولان الحرز فيها ناقص فان الخشب بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز قال والطير يطير يعني من شانه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه ان قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الا ان هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي في الصيد قبل الاحراز بقوله وهو الصيد لمن اخذه وهو حال كونه على تلك الصفة اي الاصلية تورث الشركة العامة شبهة فيه بعد الاحراز فيمنع القطع والوجه ان يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع واما قوله الناس شركاء في ثلاث فانما يتناول الخشب والقصب بلفظ الكلام ففيه قصور ايضا قال ويدخل في السمك المالح والطري وصوابه السمك المليح او المملوح و في الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير فيقل احرازه عنه واما قوله ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال اتي عمر بن عبد العزيز في رجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال اتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رايت احدا قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للراي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف **قوله** وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وروي عنه الا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ لان ما سوى هذه الاموال يتقوم

قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رح يقطع فيهما لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا اواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز

محرزة فصارت لغيرها والاباحة الاصلية زالت فزال اثرها بالاحراز لعدم التمليك وهو قول الشافعي رح والحجة عليهما ذكرنا من حديث عائشة وثبوت الشبهة قوله ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والخبز ايضا ذكره في الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا او غيره والفواكه الرطبة وعن ابي يوسف رح يقطع بها ويه قال الشافعي لما عنه عم من رواية ابي داؤد والنسائي وابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عبد الله بن عمرو انه عم سئل عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شي عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه ومن سرق منه شيئا بعد ان يأويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع اخرجه ابو داؤد عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق اربعتهم عن عمرو بن شعيب به واخرجه النسائي ايضا من طريق ابن حبيب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي توخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب ونكال وما اخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يوخذ من ذلك ثمن المجن قالوا يا رسول الله فالثمار وما اخذ منها في اكمامها فقال من اخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما اخذ من اجرانه ففيه القطع رواه احمد والنسائي وفي لفظ ما ترى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر المعلق قطع الا ما اواه الجرين فما اخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال امامنا اسحق بن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كايوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن ابي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو قال ليس في شيء من الثمار قطع حتى ياوي الجرين واخرجه عن ابن عمر مسندا سوا اجاب بانه اخرج على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع لكن ما في المغرب من قوله الجرين المربد وهو الموضع يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي ان يكون فيه الرطب في زمان وهو اول وضعه واليابس وهو الكائن في اخر حاله فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكانه وقع في بعض الالفاظ الجران فذكره المص على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جران فجاز ان يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكانه قال حتى يؤويه المربد او الجراب ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين اي المربد حتى يجف اي حتى يتم ايواء الجرين له فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الجرين الا قنفس الجرين ليس حرز الحجب القطع بالاخذ منه اللهم الا ان يكون له حارس مترصد والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر وقوله لا قطع في الطعام اما الاول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فامر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الاول وفي القسم الثاني قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل اولى لما عرف انه زيادة من الراوي الثقة وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد درءا للحد والا فالتقدم متروك الظاهر فانه لا يضمن المسروق بمثلي قيمته وان نقل عن احمد فعلها الامة على خلافه لانه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى

ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها
اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية
وقال الشافعي رحمه الله يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رحمه الله مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت
الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر
فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر
بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب

وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يمنع عمومه ذلك فيه دلالة النص او النسخ فيتقرر هذا الحديث المبين
فبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل في الحديث المذكور بين ان ياكل من اسفل النخل فلا شيء
عليه او يخرج به ففيه ضعف قيمته وجلدات نكال او ياخذه من بيدره ففيه القطع والكثر الجمار وقيل هو الودي وهو صغار النخل وجزم
في المغرب انه خطأ واما الحديث الثاني فاخرجه ابو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال اني لا اقطع في الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وانت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه ويجب
اعتباره في غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع في الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما
في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا والقطع في الحنطة وغيرها اجماعا انما هو في غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما
يتسارع اليه الفساد او لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول وعنه عليه السلام لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رضي الله عنه لا قطع في عام سنة
قوله ولا قطع في الاشربة المطربة الى المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة حزن او فرح فيستخف العقل فيصدر منه ما لا يليق
كما تراه من صياح الثكليات وضرب خدودهن وشق جيوبهن بينما لا يكون نفعا ويسلب محبتهن ثم يوجب الغفلة من الله سبحانه او شدة
سرور فيوجب ما هو معهود من التمايل والمشي بلا اختلاف اما عند الائمة الثلاثة فانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما يتسارع اليه
الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء في تقومها اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال
المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على انه يتاول فيها الاراقة فيثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفي
سرقة الاعمش يقطع بالخل ونقل الناطفي عن كتاب المجرد قال ابو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي سليمان برواية علي بن الجعد
لا قطع في الرب والجلاب قوله ولا في الطنبور ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف ايضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعن ابي حنيفة رحمه الله ان ضمنها
لغير اللهو الا انه يتاول اخذه للنهي عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهي آلة اللهو قوله ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي ومالك
وهو رواية عن احمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية اخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى
ولان ورقه بال وما يكتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفي رواية اخرى عن احمد ان اخذه يتاول القراءة لا بازالة الاشكال لا يقطع ووجه الظاهر
ان الآخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولان المالية للتبع وهي الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب واحرازه لاجله والآخذ
ايضا يتاول اخذه لاجله لا للتبع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع وكمن سرق صبيا حرا
وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود ليس المال قال في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم
يعلم بها لم اقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي يوسف رحمه الله عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته تمت في نصاب كامل ولكنا نقول
السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم واذا كان عالما بالدراهم فقصده اخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا
وقد تقدم في مثله انه ان كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع والا لا وهنا يرد بين العلم وعدمه فالحاصل انه يعتبر ظهور قصد المسروق
فان كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والا لا وعلى هذا فمسألة العلم بالمضروب وعدمه صحيح الا ان كونه يعلم او لا يعلم وهو المدار في نفس الامر

ولا يقطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيه ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة إباحة الكسر وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولأنه يتأول في أخذه الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته وقال أبو يوسف يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير لأنه غصب أو خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق السرقة بحده إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه هو والبالغ سواء في اعتبار اليد وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع وإن كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لأنه آدمي من وجه مال من وجه ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرضية أن يصير منتفعا به إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية

لا يشاع حقيه لا يثبت إلا بالإقرار والتقدم هو أنه لم ينبر لتحاذيا في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد إليه وذلك بأن يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصده (قوله ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز) وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لأنه محرز بإحراز مثله كذا القطع عندهم في باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في أنه إما ليس محرزا أو في حرزه شبهة إذ هو بالفناء والرائح ومثلها ينفي الحد تعالى ثم المصنف لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزم منه ذلك بل أثبته لنفسه على أصول فإنه لم ينصب خلافا وإنما يعترض لو نصب الخلاف وأفاد المصنف في أثناء المسألة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصيره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا قطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحمد والأصح من قولي الشافعي لأنه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد (قوله ولا في الصليب من الذهب والفضة ولا الشطرنج ولو كان من ذهب) وهو بكسر الشين بوزن قرطعب (ولا النرد لأنه يتأول من أخذها الكسر) أي إباحة الأخذ للكسر نهيا عن المنكر فلا يجب إلا ضمان ما فيه من الصنعة والصليب ما هو هيئة خطين متعارضين ثم يقال لكل جسم كذلك وعن أبي يوسف إن كان الصليب في مصلاهم أي معابدهم لا يقطع لعدم الحرز لأنه بيت مأذون في دخوله وإن كان في رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لأنه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تأويل الإباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط (قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي يبلغ نصابا) وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتي والحلي بضم الحاء جمع حلي بفتحها وهو ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر وقال أبو يوسف يقطع إذا بلغ ما عليه نصابا لأنه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعا لأنه في يد نفسه فكان أخذه خداعا ولا قطع في الخداع وحين لم يحك الحاكم في الكافي الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف والإبهام أنه مذهب المنقول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لأنه كالمال وجه الظاهر أن الصبي إذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالأخذ دون ما عليه إلا أنه تبعا ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع إلا في أخذ المال فلا يقطع وإن كان إثمه وعقابه أشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجرته لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا وأما التأويل الذي ذكره من قصد تسكيته والإبلاغ إلى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقة الظاهر منها فلا فرع على هذا الخلاف إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد أو كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة ولأبي حنيفة ومحمد أن الإناء تابع وإذا لم يجب في المتبوع القطع لا يجب في التابع واعتناده في وجوب القطع في الإناء المعاين ذهبية وإن كان فيه ما كان فإن تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالأخذ إليه بل الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالأخذ بل القصد إليه أظهر منه إلى ما فيه لأنه يتوصل بماليته إلى أضعاف ما فيه والمانع من القطع إنما هو التبعية في قصد الأخذ لا باعتبار غيره والظاهر تقييده بما إذا في ما ذكرناه في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا إذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه إكاف يساوي درهما بخلاف الوثر فقيمة فيها ما يساوي عشرة لأنه سرق من حيث هو تطهير بالقدم من المعبود فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرورة فيه عشرة قال يقطع إذا علم أن عليه بالاختلاف ما إذا لم يعلم (قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير) يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالإجماع إلا إذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع

ولا تقطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لانه لا قيمة لها عندهما وعند ابي حنيفة رح آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اوان وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب من الابواب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته

الاستثناء ابن قدامة ولم يذكر مشايخنا بل النص على انه لا قطع في الآدمي الذي يعقل سواء كان نائما او مجنونا او اعجميا فقالوا هو ليس بسرقة اما غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير الذي ليس بمميز ولا معبر عن نفسه بالاجماع لانه مال متقوم كذا حكى الاجماع ابن المنذر مع ان ابا يوسف قال احسن ان لا اقطعه لانه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرئ الحد فالمنع منهم لا بد ان يتسلط على هذه النكتة فضلا عن استنادها لها كما قيل ولهما ان حقيقة السرقة وهو اخذ مال متقوم خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود وقول المصنف ولهما انه مال مطلق لانه ينتفع به ان كان يمشي ويعقل او بعرض ان يصير منتفعا به ان كان بخلاف [illegible] احسن منه لتضمن لفظ مطلق منع ان في ماليته شبهة وانضمام معنى الآدمية اليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من اعز الاموال عند الناس وما فيه من المالية بغيره كما لو كان فيها ليس بمال فسارقه كسارق درة نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب هو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا **قوله** ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ لانه لا يستفيد الاخذ به نفعا فكان المقصود الكواغد فيدخل في عموم ولا قطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بالشرعية لان معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت في ايراث الشبهة ومقتضى هذا ان لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولان عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا تتوقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لانها مال متقوم وانت سمعت ما به الدفع **قوله** ولا في سرقة كلب ولا فهد بالاجماع خلافا لاشهب فرزين بن القاسم فانه قال عدم القطع في المنهي عن اتخاذه اما في الماذون في اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل ويجب الاصل هو غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة فيها **قوله** ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار وكذا جميع آلات اللهو لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة يتأول في اخذها الكسر في دال الدف الضم والفتح واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة لهو **قوله** ويقطع في الساج والقنا والآبنوس وهو بفتح الباء فيما سمع والصندل والعود الرطب لان هذه ليست مباحة في دار الاسلام وهو المعتبر واما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالي عن محمد في الآبنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية ويقطع في الفصوص النفيسة والزبرجد لانها من اعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب **قوله** واذا اتخذ من الخشب اواني وابوابا قطع فيها لانه اي الخشب بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة ولذا تحرز بخلاف الحصر لان الصنعة لم تغلب على الجنس لا تقطع [illegible]

ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

بها فلم يخرج بها من كونها تافها بين الناس حتى ان الحصير تبسط في غير الحرز وكذا القصب المصنوع بواري بخلاف الخشب غلبة الصنعة فيه على الاصل فيقطع فيما اتصلت به صنعته حتى لو غلبت في الحصر ايضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرية وهي العبادانية ويقطع عند الائمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى او بساطا يقطع هكذا قال محمد لانه اذا جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها اخذت اسما آخر انتهى وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي ينقطع حكم الجنس بها ان يتجدد لها اسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كان تبسط في غير الحرز اولان شبهة التفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج انه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن ابي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز اما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها فانما نقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا اطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل قسم المبسوط وقدمنا ان عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرزا لنفسه يكون حرزا لغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله امكن اعتبار الحرز في كل شيء **قوله** ولا قطع على خائن ولا خائنة وهما اسم فاعل من الخيانة وهو ان يؤتمن على شيء بطريق العارية او الوديعة فياخذه ويدعي ضياعه او ينكر انه كان عنده وديعة او عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه احرزه بايداعه عنده لكنه حرز ماذون للسارق في دخوله والمنتهب لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع وكذا المختلس لانه المختطف للشيء من البيت ويذهب او من يد المالك وفي سنن الاربعة من حديث جابر عنه عم قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في احكامه وهو تصحيح منهما وتعليل ابي داود مرجوح بذلك وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة رض ومن العلماء من حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن احمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء لم ياخذوا بهذا الحديث واجابوا عن حديث عائشة رض بان القطع كان لسرقة صدرت منها بعد ان كانت ايضا متصفة بشهرة بجحد العارية فعرفتها عائشة رض بوصفها المشهور فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية سرقت فامر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد تشفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلوة والسلام خطيبا فقال انما اهلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد وللجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الآخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما اخرجه ابو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة رض قالت استعارت امرأة يعني حليا على السنة اناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فاخذت فاتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي تشفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر

ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمه الله عليه القطع لقوله
عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على
المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث
لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه
غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا
وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا

مقيدها وحمل القطع بجحد العارية على النسخ ولذا حمل على انهما واقعتان وان قوم قطع امرأة تجحد المتاع واخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع
بالعارية بما قلنا في سنن ابن ماجة ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير ثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن امه عائشة بنت
مسعود بن الاسود عن ابيها قال لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعظمنا ذلك وكانت امرأة من قريش
فجئنا النبي صلى الله عليه وسلم نكلمه وقلنا نحن نفديها باربعين اوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فاتينا اسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول
الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثاركم علي في حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد
في الطبقات هذه المرأة هي فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسد وقيل هي ام عمرو بنت سفيان بن عبد الاسد اخت عبد الله بن سفيان قوله
ولا قطع على نباش وهو الذي يسرق اكفان الموتى بعد الدفن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب
عمر وابن مسعود وعائشة رضي ومن العلماء ابو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول ابي حنيفة قول ابن
عباس والثوري والاوزاعي ومكحول والزهري ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا
ما ترك معه من طيب او مال ذهب وغيره لانه تضييع وسفه فليس محرزا وفي الوجيز في الزائد على العدد الشرعي وجهان ثم الكفن
للوارث عندهم فهو الخصم في القطع وان كفنه اجنبي فهو الخصم لانه الملك قوله من نبش قطعناه وهو حديث منكر وانما اخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران
بن يزيد بن البراء بن عازب عن ابيه عن جده وفي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذي ذكره المصنف لا قطع على المختفي
قال وهو النباش بلغة اهل المدينة اي لا يعرف واما الاثار فقال ابن المنذر روي عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري
في تاريخه ثم اعله بسهيل بن ذكوان المكي قال عطاء كنا نتهمه بالكذب ومما يلائمه اي في الضعف اثر عن ابن عباس رواه ابن ابي شيبة وفيه مجهول
قال ثنا شيخ لنا يكنى عن روح بن القاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع واما ما رواه عبد الرزاق
اخبرنا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي اخبرني عبد الله بن ابي بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد
عمر بن الخطاب رض فكتب فيهم الى عمر رض فكتب عمر رض ان اقطع ايديهم فاحسن منه بلا شك ما رواه ابن ابي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال
اتي مروان بقوم يختفون اي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون انتهى واخرجه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر به وزاد
وطوف بهم وكذا احسن منه بلا شك ما روى ابن ابي شيبة ثنا حفص عن اشعث عن الزهري قال اخذ نباش في زمن معاوية
وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رأيهم على ان يضرب ويطاف به انتهى فصح لا شك في ترجيح
مذهبنا من جهة الاثار واما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما المالية فظاهرة واما الحرز فلان القبر حرز للميت
وثيابه تبع له فيكون حرزا لها ايضا وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث ابي ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف انت
اذا اصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعني القبر قلت الله ورسوله اعلم او ما خار الله لي ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر رواه
ابو داود وبوب عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به ابو داود لانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان
حرز كل شيء بما يليق فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شيئا منها من شيء منها قطع ولو سرق الدرة من الاصطبل او من

ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد

خطيرة لا يقطع اولا ترى ان الوصي اذا كفن صبيا من مال الصبي لو رثته شيئا فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان اخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب اولا بمنع الحرز لانه حفرة في الصحراء مأذون للعموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متقيد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى انه حرز وتسميته ايضا حانوتيه بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل الوضع لم يكن الا مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل من ان يكون في حرزيته شبهة وبه ينتفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكا وثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منها يوجب الدرء اما الاول فلان الكفن غير مملوكة لاحد لا للميت لانه ليس اهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما فضل عن حاجة الميت ولذا لا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لانها ملك للغريم حتى كان له ان ياخذها بحجته فان صح ما قلنا من انه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا تحققت شبهة في مملوكيته ليقولنا فلا يقطع به الفاضل لقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما تجري فيه الرغبة والضنة والكفن تنفر عنه كل من علم انه كفن به ميت الا نادرا من الناس واما الثاني فلان شرع الحد للانزجار والحاجة فيه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة واما الاستدلال بتسميته بيتا فبعيد لان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه اربع حوائط لوضع للميت وليس القبر كذلك على ان حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز اصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان ومع الكبير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درئه ما امكن بل يجب حمله على بعض المال صدقات التي لا احد معها والله سبحانه اعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا اما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح انه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا من تحقق الخلل في المالية وما بعدها ولو اعتاد نبش ذلك للامام ان يقطعه سياسة لا حدا وهو محل ما رواه لو صح قوله ولا يقطع السارق من بيت المال وبه قال الشافعي واحمد والنخعي والشعبي وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة ولنا انه مال العامة وهو منهم وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثله وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال ارسله فما من احد الا وله في هذا المال حق ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة بان سرق احد الشريكين من حرز الاخر مالا مشتركا بينهما لما قلنا من ان للسارق فيه حقا قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له اخذه قبل الاجل وجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة تصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن وكذا لو سرق اكثر من حقه لا يقطع لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا او غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو اخذ من غير جنس حقه وان كان حقه دراهم او دنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له اخذها اللهم الا ان يقول اخذتها رهنا بديني فلا يقطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن ابي ليلى قضاء لحقه او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك وان كان دراهم

ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكره لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فاخذ دنانير او سرق على القلب اختلف فيه قيل يقطع لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما تقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له اخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ويقطع لو سرق حليا من فضة وديْنه دراهم ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ لهما ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع **قوله** ومن سرق عينا فقطع فيها فردها بان كانت قائمة ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه فيما روى الدارقطني من حديث ابي هريرة رضي الله عنه بطريق فيه الواقدي عنه اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث ولان السرقة الثانية مثل الاولى في سببية القطع بل افحش لان العود بعد الزاجر اقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق ويخص ابا يوسف ان المسروق عاد تقومه بالرد الى المالك ولهذا الضمن السارق لو اتلفه بعد الرد فتمت سببيته للقطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة فانه يقطع اتفاقا ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة انها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفاء السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيها تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة رضي الله عنها من قوله عليه السلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع انه عين اللحم مع ان مشائخ العراق على انه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء فلنا ان نمنعه فلا يتم القياس عليه وعند مشائخ بخارا القطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وايضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم انما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها حينئذ تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هي قليلة بالغرض فلم يقطع في محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا بان قال انا باق على نسبتي اليه الزنا الذي نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا الا لو قذفه بزنا اخر حد به اورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التي زنى بها اولا بعد ان جلد احد بزناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا ووقوعه في غير محل الحاجة اليه لو شرع واجيب بالفرق بان حرمة المحل في الزنا لا يسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح تيم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه اعني كون اقامة الحد اولا توجب ندرة العود فيوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بان القطع حتى لا يستوفى الا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله **قوله** فان تغير عن حاله مثل ان يكون المسروق الذي قطع به غزلا ثم نسج بعد رده فسرقه ثانيا قطع وكذا لو كان قطنا فصار غزلا لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورته

فصل في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه قد خان بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لانه اعتبرها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه

الثوب واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه وهو بالرجل عطف على لفظ الاتحاد ولا على لفظ المحل اي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لان اتحاد القطع وهي شبهة سقوط قيام العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجب التبدل فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة اجيب بان التمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الحكم بعد ثبوت الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه انية او كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرق قطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا لا يقطع لانها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم نقضه فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك ولو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى ✤

فصل في الحرز والاخذ منه قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام في الاثر ثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة اهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي ان من جمع المال في الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز اصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع قال ابن المنذر وقد ثبت ان لا قطع في اقل من ثمن المجن ولا قطع في حريسة الجبل فخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الآثار الاجماعية واما باخبار الآحاد وسياتي ما هو ابلغ من ذلك ثم الحرز ما عد حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به انه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا انه يتقيد المالية اي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا قوله ومن سرق من ابويه وان عليا او ولده وان سفل او ذي رحم محرم منه كالاخ والاخت والعم والخال والخالة والعمة لا يقطع وقال مالك وشذوذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له في مالهما وكذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه يبطل قوله في الكافي اما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال ابو ثور وابن المنذر يقطع الاب ايضا في سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعي يقطع في السرقة من غير الولاد اما وجه الاول اي عدم القطع في قرابة الولاد فلانها عادة تكون بينهما البسوطة في المال والاذن في الدخول في الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولهذا امتنعت شهادته له شرعا وتخص سرقة الاب من مال الابن قوله عم انت ومالك لابيك واما غير الولاد وهو الذي اراد المصنف بقوله والثاني للمعنى الثاني اي الاذن في الدخول في الحرز فالحقهم الشافعي بالقرابة البعيدة قال المصنف وقد بيناه في العتاق اي ان من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لكن الحقناه بقرابة الولاد وقد راينا الشرع الحقهم بهم في اثبات الحرمة وافتراض الوصل فكذا الحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة وان الاذن بينهم ثابت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر منها الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملج والعنق للقلادة والساق للخلخال وذاك لان اللزوم الحرم لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الاعمال وعدم احتشام احدهما من الآخر وايضا فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع تحصل القطيعة فوجب صونها درءه ذكره في الكافي وسياتي ما فيه ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فدفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام والعمات مطلقا يونس

وان سرق من امه من الرضاعة قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة ووجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر والعبد من سيده او من امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعي رح للبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رض درءا وتعليلا

طلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع الغريب ثم هو ان ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة تحلى وزان انا فلنا في انت ومالك لابيك فان قلت فقد قال او صديقكم كما قال او بيوت اخوالكم والحال انه يقطع بالسرقة من صديقه اجيب بانه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا في حال العداوة ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبار اللحرز وعدمه فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا الحكم على الوجه الذي قدمناه من ان في القطع القطعية فيندرء وهو الموعود ولذا والله اعلم لم يعرج المص عليه **قوله** ومن سرق من امه من الرضاعة قطع وهو قول اكثر العلماء وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة وجه الظاهر انه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت المحرمية بالزنا بان زنى بامرأة تحرم عليه امها وبنتها يقطع بالسرقة منهما واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة فان فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق بها في اثبات القطع اولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطي ثم تعرض المص لابطال الوجه المذكور لابي يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله وهذا لان الرضاع قل ما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب فانه يشتهر فلا تحشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استيذان الخ فقال لا نسلم ذلك الا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استيذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع في سرقة مال امه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال امه من النسب **قوله** واذا سرق احد الزوجين من مال الآخر او العبد من سيده او امرأة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة فاختل الحرز وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي في احد اقواله وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لانه للمرأة حقا في ماله النفقة ووجه قولنا انه بينهما البسوطة في الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهي انفس من المال كانت بالمال اسمح ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفي موطأ مالك عن عمر انه اتي بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال ليس عليه شيء خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى قال المص هو نظير الاختلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع احدهما بمال الآخر كما ان شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في احد قوليه فان قلت احد الزوجين ربما لا ينبسط الى الآخر في ماله بل يحجبه منه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يتحقق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال ابو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه او ابيه او زوج ابنته او زوج امه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يجب القطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق احد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد ان قضي بالقطع او لم يقض في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا قضي عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأة المبتوتة او المختلعة في العدة لا قطع وكذا اذا سرقت هي من الزوج في العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع **قوله** ولو سرق

قال: والحرز على نوعين: حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور، وحرز بالحافظ. قال العبد الضعيف: الحرز لا بد منه لأن الاستسرار لا يتحقق دونه، ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت، وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به، وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد. وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ وهو الصحيح لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لأن البناء لقصد الإحراز إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه لقيام يده قبله، بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فيتم السرقة، ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح لأنه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة، وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير مثله لأنه ليس بتضييع، بخلاف ما اختاره في الفتاوى

المولى من مكاتبه لا يقطع بلا خلاف لأن للمولى حقا في أكسابه ولأن ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لأنه إن عجز كان للمولى أو عتق كان له ولا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما إذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار، وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب إذا سرق مال سيده لأنه عبده أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم، وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع لسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية، وتقدم أثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرآة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه فحل محل الإجماع فتخص به الآية، والحكم في المدبر كذلك. وكذلك السارق من المغنم لا يقطع لأن له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن ابن عبيد بن الأبرص وهو يزيد بن دثار قال أتي علي رضي الله عنه برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا، ورواه الدارقطني. قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رضي الله عنهما أن عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه قال مال الله سرق بعضه بعضا. ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه ألا ترى إلى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقي الغنيمة، وإسناده ضعيف.

قوله قال أي المصنف: الحرز لا بد منه لوجوب القطع لأن الاستسرار لا يتحقق دونه لأنه إذا لم يكن حافظ من بناء ونحوه أو إنسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق إخفاء الأخذ والدخول فلا تتحقق السرقة، وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا بنفسه يوجب الحرز إذ لا تتصور السرقة دون الإخفاء، ولا يتحقق الإخفاء دون الحافظ فيخفي الأخذ منه أو البناء فيخفي دخول بيت غيره من الناس، والأحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فإذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه واردة على وفق الكتاب لا مبين مخصص، ثم هو على نوعين حرز بالمكان كالدور والبيوت والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما أعد لحفظ الأمتعة فقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الأماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك كمن جلس في الطريق أو في الصحراء أو في المسجد وعنده متاع فهو محرز به، وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد على ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطأ وأحمد في مسنده من غير وجه والحاكم، وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي أنه حديث صحيح وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة وإن كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه انسياحا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة، وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه أنه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت رأسه فنام فأتاه لص فاستله من تحت رأسه فأخذه فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم أسرقت رداء هذا فقال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت أريد أن تقطع يده في ردائي فقال فلولا كان قبل أن تأتيني به، زاد النسائي فقطعه، وفي المستدرك سماه خميصة ثمن ثلاثين درهما.

قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ هو الصحيح احتراز عما في العيون على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن أي في وقت دخولها إذا كان ثمة حافظ، وقال أبو يوسف ومحمد لا يقطع، وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد، وفي الكافي وعليه الفتوى

قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق
من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار
والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده
قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله
حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ

وهو ظاهر المذهب وجه الصحيح انه محرز بدون الحافظ لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه الى ما فيه
المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلهذا كان الاصح انه اذا
دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا انه اختل الحرز
للاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد لانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه
فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان
لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح لان البناء للاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج من داره
فلا يتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة
فيجب موجبها ولا فرق في وجوب القطع بين كون الحافظ في الطريق او الصحراء والمسجد مستيقظا او نائما والمتاع تحته او تحت رأسه
او عنده وهو بحيث يراه لانه يعد النائم عند متاعه وبحضرته كيف ما نام مضطجعا او لا حافظا له في العادة وقوله هو الصحيح
احتراز عن قول بعضهم باشتراط المتاع تحت رأسه او تحت جنبه وجه الصحيح ما ذكرنا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير اذا حفظا
الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنوا بخلاف ما اختاره في الفتاوى فانه اوجب فيها الضمان
على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرز النوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي لو سرق
لؤلؤة من اصطبل او حظيرة غنم يقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد اطلق محمد رحمه الله عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا
لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع وكذا في المنتقى عن
ابي حنيفة واطلق خواهر زاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بان الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل
الاسبيجابي عن بعض اصحابنا كل شيء يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول
الشافعي **قوله** ومن سرق شيئا من حرز او غير حرز كالصحراء وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين وهذا العموم
يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم ان الصحيح انه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن لان قوله وصاحبه عنده
يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على ان قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله
تقييد له فانه بعمومه يقتضي ان لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا التفريع على ما بين الاصل المذكور
قوله ويدخل في ذلك اي يدخل في بيت اذن في دخوله الخانات والحوانيت فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر يفتح
حانوته نهارا في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع وكذا الخانات الا اذا سرق منها ليلا
لانها بنيت لاحراز الاموال فانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع
لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان ليقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ
معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه او تحت

ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق وخرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيرها مضاف اليه لسوقه

راسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع **قوله** ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه مأذونا في دخوله ولانه بالاذن صار بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل ومن صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا اخرج اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا فبالاذن في الدار اختل الحرز في البيوت وسياتي بالقيد هذا

قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ وهتك الحرز فان كانت فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع هذا كلام محمد واول بها اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه اهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء اهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون بها انتفاعهم بالسكة لانها على هذا التقدير بعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد و هنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليها باب يغلق فنقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم في الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا اتلف المسروق في يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد **قوله** وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع يريد دخل اي مقصورة على غيره فاخذ بسرعة يقال اغار الفرس والثعلب في العدو اذا اسرع وقوله فسرق تفسير لقوله اغار **قوله** واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال فناوله آخر خارج البيت عند النقب او على الباب فلا قطع عليهما بلا تفصيل بين اخراج الداخل او ادخال الخارج يده ثم روى عن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع وعلل للاطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروجه اي قبل خروج الداخل والوجه ان يقطع الداخل كما عن ابي يوسف لانه دخل الحرز واخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كله معه لا اثر له في ثبوت الشبهة في السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بها اذا ادخل الخارج يده فاخذها وفيه قال ابو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا هو محمل قول ابي يوسف وقال ان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا التحقيق في هذه الصورة الا اذا اتفق ان خارجا رأى نقبا فادخل يده فوقعت على شيء ما جمعه الداخل فاخذه فظاهر انه لا يقطع واحد منهما قال والمسألة بناء على مسألة اخرى تاتي يعني مسألة نقب البيت والقاء المال عند النقب ثم خرج واخذه قيل يقطع والصحيح انه لا يقطع قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فاخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه اخرجه ذكره التمرتاشي وقال في المبسوط فيما اذا اخرجه الماء بقوة جريه الاصح انه يلزمه القطع وقول الائمة الثلثة لان جري الماء به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا او جريه ضعيفا فاخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة المذهب

وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئا لم يقطع وعن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لأن ذلك هو المعتاد

لأنه يصدق عليه أنه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به ولو ألقاه الداخل في الطريق ثم خرج وأخذه قطع به وبه قالت الأئمة الثلاثة خلافا لزفر له أن الإلقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه بأن تركه أو أخذه غيره وكذا الأخذ من السكة غير موجب للقطع فالقطع بحال ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو الفرار إن أدرك ولم يعترض على المال الذي أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لمال صاحب الدار عداوة ومضارة لا سارق وإذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الأخذ إليه والحاصل أن يد السارق ثبتت عليه وبالإلقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق فأخذه إنسان ليرده عليه ثم رده إلى مكانه لم يضمن لأنه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده إليه كرده إلى صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية وكذا إذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لأن سيره مضاف إليه لسوقه فيقطع وفي المبسوط إلى اليسر وكذا إذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع ولو خرج بلا زجر لا يقطع لأن للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا ينقطع نسبة الفعل إليها وكذا إذا علقه على طائر قطار إلى منزل السارق ولم يسق الحمار فخرج بنفسه إلى منزل السارق لا يقطع **قوله** وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والأئمة الثلاثة لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعد الأخذ والأخذ أن ينسب إلى الكل فالإخراج إنما وجد منه فإنما تمت السرقة منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم لأن الإخراج وإن قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى وإذا باشر بعضهم القتل والأخذ فالباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل إلى الكل شرعا بالسبب معاونتهم وإن قدره القاتل والآخذ إنما هي بهم فكذا هذا فإن السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع فكان مثله وبهذا القدر تم الوجه وقوله بعد ذلك فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد إن منع لم يضر وإنما وضعه في دخول الكل لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه وإن لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم **قوله** ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيئا لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا وروى عن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع وهو قول الأئمة الثلاثة لأن إخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط إلا فكان هو من الدخول فقد وجد فاعتبار شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير متصل وصار كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي أو في الجوالق والغطريفي درهم منسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد كانت دراهمه من أعز النقود ببخارا قال المصنف ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فأثبته بقوله تحرزا عن شبهة العدم أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فإن الناقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لأنها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرطا لوجودها إذ قد تحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد تحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لأنه قلما يقدر على إخراج شيء ما لم يبصره لتبينه من جوانب البيت فيقصد إليه وقلما يدخل الإنسان يده من كوة بيت فيقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق أن الإدخال في الصندوق ونحوه ممكنا فسقط

فصل في كيفية القطع وإثباته قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لأن الاسم يتناول اليد إلى الإبط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح أن النبي عليه السلام أمر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولأنه لو لم يحسم يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف فإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فإن سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر أيضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله في الثالث يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى إلى شرع الحد

الإمام ... منه على ما قدمناه من قبل يعني عند الصحيح وقوله لأنه لا يعد آثما عند متابعة حافظا له في العادة وذكر في بعض نسخ الجامع ... يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار وهو أنه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه ... أو تحته

فصل في كيفية القطع وإثباته ... ترتبه على بيان ... المال والحرز لأنه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيعقبه ... والمثنى ... إنما أضيف من الخلق إلى اثنين لكل واحد ... الأيمين والأفصح الجمع وإنما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود ... أيمانهما وهي مشهورة فكان ... تقييد المطلق لا من بيان المجمل لأن الصحيح أنه لا إجمال في ... عموم اليمين وكذا الصحابة ... لقطع اليسار ... لأن اليمين أنفع من اليسار ولأنه ... من اليسار فلو كان الإطلاق ... الاقتصار ... لم يقطع إلا اليسار ... وهو من مفصل الرسغ ويقال الكوع ... ومثله لا يطلب فيه ... لا يبالى فيه بكثرة الناقلين فضلا عن ... وروى فيه خصوص من ... منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان أنه قال فيه ثم أمر بقطعه من المفصل ... وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل ... عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان ... وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل ... في المراسيل ... وأخرج عن عمر وعلي ... من المفصل وانعقد عليه الإجماع فما نقل عن ... من الاكتفاء بقطع الأصابع لأن بها البطش وعن الخوارج القطع من المنكب لأن اليد اسم لذلك الله أعلم بصحته وبتقدير ثبوته هو خرق للإجماع وهم لم يعتدوا في الإجماع قبل الفتنة ولأن اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما إلى الرسغ إطلاقا أشهر منه إلى المنكب بل ... اليد فكان أولى باعتباره فلأن سلم اشتراك الاسم بأن كون ما إلى المنكب ... هو المراد أو إلى الرسغ فتعين ما إلى الرسغ درءا للزائد عند احتمال عدمه وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة أنه عليه السلام أتي بسارق سرق شملة فقال ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم أتي به فقال تب إلى الله قال تبت إلى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود في المراسيل وكذا رواه ... وأخرج الدارقطني عن حجية عن علي أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم ... الكي لينقطع الدم في المغرب والمغني لابن قدامة هو أن يغمس في الدهن الذي أغلي وثمن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندنا لأنه أمر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على السارق ... لأنه لو لم يحسم يؤدي إلى التلف ... وجوبه والمنقول عن الشافعي وأحمد أنه مستحب فإن لم يفعل لا إثم ويسن تعليق يده في عنقه لأنه ﷺ أمر به ورواه أبو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه ولم يثبت عنه ﷺ في كل من قطعه ليكون سنة قوله فإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى بالإجماع فقد روي فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم

وكذا قول علي رضي الله عنه فيه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها

وفعل عمر رضي الله عنه ذلك قال ابو ثور والروافض تقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها قال فان سرق ثالثا لا تقطع بل يعزر ويخلد في السجن حتى يتوب او يموت وقال الشافعي في الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه فهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن اخرج ابو داود عن جابر قال جيء بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال فاقطعوه فقطع ثم جيء به في الثانية فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الثالثة فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به في الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فالقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائي حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوي واخرج النسائي عن حماد بن سلمة انبانا يوسف بن سعد عن الحارث بن حاطب اللخمي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد ابي بكر رضي الله عنه حتى قطعت قوائمه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال ابو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد قال المصنف وروي مفسرا كما هو مذهبه اخرجه الدارقطني عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفي سنده الواقدي وبها طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن وكذا طعن الطحاوي كما ذكره المصنف فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها اصلا وفي المبسوط الحديث غير صحيح ولا احتج به بعضهم في مشاورة علي رضي الله عنه ولئن سلم يحمل على الانتساخ لانه كان في الابتداء تغليظا في الحدود الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع ايدي العرنيين وارجلهم وسمر اعينهم ثم انتسخ ذلك واما فعل ابي بكر وعمر رضي الله عنهما فروى مالك في الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان رجلا من اليمن اقطع اليد والرجل قدم فنزل على ابي بكر الصديق رضي الله عنه فشكى اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلي في الليل فيقول ابو بكر رضي الله عنه وابيك ما ليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لاسماء بنت عميس امراة ابي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي عند صائغ زعم ان الاقطع جاءه به فاعترف الاقطع وشهد عليه فامر ابو بكر فقطعت يده اليسرى وقال ابو بكر لدعاؤه على نفسه اشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قدم على ابي بكر رضي الله عنه رجل قطع فشكى اليه ان يعلى بن امية قطع يده ورجله في سرقة وقال والله ما زنت على انه كان يولني شيئا من عمله فخنت في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له ابو بكر ان كنت صادقا فلاقيدنك منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى فقد آل ابي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم اظهر من سرق اهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له ابو بكر رضي الله عنه ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع ابو بكر يده الثانية قال محمد بن الحسن في موطاه قال الزهري ويروى عن عائشة رضي الله عنها قالت انما كان الذي سرق حلي اسماء اقطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رضي الله عنه رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب اعلم بهذا الحديث من غيره هذا وقد حكي عن عمر رضي الله عنه وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز انه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روي من ذلك وذهب مالك والشافعي الى انه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة قوله ولنا قول علي رضي الله عنه قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا اني لاستحيي من الله ان ادعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها ومن طريق

وبهذا احتج بقية الصحابة رضي الله عنهم فانعقد اجماعاً ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبراً لحقه والحديث طعن فيه الطحاوى رح او نحمله على السياسة

محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يداً ورجلاً فاذا اتي به بعد ذلك قال اني لاستحيي ان ادعه لا يتطهر لصلاته ولكن احبسوه واخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اقطع يده باي شيء يتمسح وباي شيء يأكل اقطع رجله على اي شيء يمشي اني لاستحيي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن ابي شيبة ان نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي رض واخرج عن سماك ان عمر رض استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي رض واخرج عن مكحول ان عمر رض قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها وهذا الكلام قد ثبت ثبوتاً لا مرد له فبعيد ان يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالباً تتوافر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع صلى الله عليه وسلم اربعة ثم يقتله والصحابة مجمعون على قتله ولا يخبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين بل اقل ما في الباب ان كان ينقل لهم انهم ان غابوا او احل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على اربعة واما لعلمه ان ذلك ليس حداً مستمراً بل من رأى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله فانعقد اجماعاً يشير الى ما في تنقيح ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور حدثنا ابو معشر عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال حضرت علي بن ابي طالب رض اتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق قال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال قتلته اذاً وما عليه القتل باي شيء يأكل الطعام باي شيء يتوضأ للصلوة باي شيء يغتسل من جنابته باي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن اياماً ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده جلداً شديداً ثم ارسله وقال سعيد ايضاً حدثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال اتي عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فامر ان تقطع رجله فقال علي رض قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها اما ان تعزروا واما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال علي رض وموافقة عمر رض له قال المص ولانه اهلاك معنى هو من قول علي رض قتلته اذاً والحد زاجر لا مهلك ولانه نادر الوجود اي يندر ان يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر غير مرة بخلاف القصاص يعني لو قطع رجل يسرى رجل قطعت يداه او اربعة لانه حق العبد فيستوفى فيه ما امكن جبراً لحقه لا يقال اليد اليسرى محل للقطع لظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملاً بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر مقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث الكل وان انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق مرة واحدة

وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا إن كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الأصبعان منها سوى الإبهام لأن قوام البطش بالإبهام فإن كانت أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع لأن فوت الواحدة لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش بخلاف فوت الأصبعين لأنهما تنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش. قال وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ أيضاً وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفواً وقيل يجعل عذراً أيضاً له أنه قطع يداً معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما أنه قطع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه امتنع للشبهة ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافاً كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضاً هو الصحيح

فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والإجماع والنخعي نادر وذلك لقيام الدليل على العدم قوله وإن كان السارق أشل اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى أو كانت رجله اليمنى شلاء لا يقطع لأن في القطع والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشاً فيما إذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة أو مشياً إذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة إهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لأن المشي لا يتأتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة ولهذا لا تقطع يمين السارق إذا كانت إبهام يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الأصبعان منها سوى الإبهام لأن قوتهما تقوم مقام فوت الإبهام في نقصان البطش بخلاف فوت أصبع واحدة غير الإبهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل أن الشلل وقطع الإبهام والأصابع لو كان في اليد اليمنى أنه تقطع لأنها لو كانت صحيحة قطعت فكيف إذا كانت ناقصة وإنما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الإبهام المخل بالبطش فوات ثلاث أصابع وهنا جعله أصبعين لأن الحد يحتاط في درئه قوله وإذا قال الحاكم للحداد أي الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يؤدب وبه قال أحمد وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد أرش اليسار وعند زفر يضمن في الخطأ أيضاً بخلاف ما لو قال له اقطع يده فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما إذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصاً ويضمن المسروق ولو كان أتلفه لأن سقوط الضمان باستيفاء القطع لله تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى اقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف قوله والمراد أي المراد بالخطأ الذي فيه الخلاف بينهما وبين زفر الخطأ في الاجتهاد ومعناه أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه ظناً منه اجتهاداً في أن قطعها يجزي عن قطع السرقة نظراً إلى إطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما أما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفواً إلا أنه بعيد يتهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد وإنما يكون معنى العمد أن تعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في إجزائها وقيل الخطأ في اليمين والشمال يجعل عفواً أيضاً لزفر أنه قطع يداً معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا أنه إنما أخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع بالإجماع وهذا موضع اجتهاد لأن ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار ولهما في العمد أنه جائر حيث قطع يداً معصومة بلا تأويل تعمداً للظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات لأنه هو لم يفعله عن اجتهاد وكان ينبغي أن يجب القود إلا أنه سقط للشبهة الناشئة من إطلاق النص ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وإن أتلف بلا حق ظلماً لكنه أخلف من جنسه ما هو خير له وهي اليمين فإنها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لأن قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيئاً وإنما قلنا إنه أخلف لأن اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فأخلفها إلى خلف استمرارها وبقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة لأن منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي وأما إن قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئاً أصلاً وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبده بألفين وقيمته ألف وشهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيئاً قوله وعلى هذا أي على تعليل أبي حنيفة بالإخلاف لو قطع يساره غير الحداد أيضاً لا يضمن للإخلاف وهو الصحيح احترازاً عما ذكره الإسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال هذا كله إذا قطع الحداد أو بأمر السلطان ولو قطع يساره غيره ففي العمد

ولو اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعها بامره ثم في العمد عنده لا يضمن السارق ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطاء
كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها
ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا
لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا
المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء
والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع
بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه

ولو اخرج السارق

القصاص وفي الخطاء الدية قوله ولو ان السارق اخرج يساره وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن وان كان عالما بانها اليسار
بالاتفاق لانه قطعها بامره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال اذا كان استهلكه لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه
الطريقة اعني طريقة عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الاخلاف ولان منها عدم وقوعه حدا وكلاهما واحد الا ان الاول اقرب الى اللفظ
وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لانه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وانما خص ابا حنيفة رض بلزوم الضمان على السارق
عند القطع مع انهما ايضا يضمنانه لانه لو توهم انه لا يضمن انما يثبت على قوله لانه لما لم يوجب على الحداد ضمانا قد يتوهم انه لا يضمن
السارق بناء على ان قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه فازال الوهم بانه انما لم يضمنه لاخلافه لا لوقوعه حدا قوله ولا يقطع السارق
الا ان يحضر المسروق منه ويطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي
واحمد وقال مالك وابو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا قوله فلا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار
وهو خلاف الاصح عنه والاصح عنده ان الاقرار كالبينة يعني اذا اقر الرجل عند الحاكم اني سرقت مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه لا يقطعه حتى
يحضر فلان ويدعي وما ذكره عن الشافعي رواية عن ابي يوسف لان خصومة العبد ليس الا لظهور سبب القطع الذي هو حق الله تعالى
وبالاقرار يظهر السبب فلا حاجة الى حضوره والجواب انه ما لم يظهر تصديق المقر له في المقر به فهو للمقر ظاهرا ولذا لو اقر لغائب ثم لحاضر جاز وان شبهة الاباحة
باباحة المالك للمسلمين او لطائفة السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجود اذنه له في دخول بيته فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه بخلاف الزنا فانه لا يباح
بالاباحة بوجه من الوجوه فلم يتمكن فيه هذه الشبهة والحق ان احتمال اباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سيبينها المص وسيتضح ذلك فالمعول
عليه ما ذكرنا من ان ملك المقر قائم ما لم يصدقه المقر له قوله وكذا اذا غاب المسروق منه عند القطع لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي واحمد
خلافا لمالك لان الامضاء من القضاء في الحدود وعلى ما مر وعلى ظاهر كلام المص يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت ان
الاصح انه كقولنا ولما ثبت ان المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال وللمستودع بفتح الدال والغاصب وصاحب الربا ان
يقطعوا السارق منهم اي اذا سرق الوديعة او المال المغصوب واما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع
بخصومته لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذ المشتري شراء فاسدا في يد المشتري كالمغصوب ولرب الوديعة ان يخاصمه ويقطعه ايضا
كالمودع وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا القطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب
والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة كمتولي الوقف والاب والوصي ليقطع السارق لما في ايديهم
من مال الوقف واليتيم بخصومتهم ويقطع ايضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك بما في ايديهم الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام
الرهن قبل قضاء الدين او بعده والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله لانه لا حق له في المطالبة بالعين
بدونه اي بدون قضاء الدين فليس له ان يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المص انه قال كان في نسخة المص بعد القضاء وقبل
ويمكن ان يكون هذا جواب القياس يعني للمالك ان يسترد الرهن كالمودع ليسترده للحفظ فلا يكون ادنى حالا منه وقيد بقوله حال
قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع الا بخصومة المرتهن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لانتقاضه

والشافعي رح بناه على اصله اذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رح يقول ولاية الخصومة في حق
الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في
نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ لا اعتبار بدعوتهم
الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر و
لا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومتهم في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة

ولاية للحفظ وفي غاية البيان وينبغي ان يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن ازيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد امانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته قوله والشافعي رح بناه اي بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء على اصله وهو ان لا خصومة لهم في الاسترداد عند جحود من في يده المال المودع كابن غير المودع الا ان يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم الثابت السرقة فلا يملكونها لاعادة اليد اولى قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا بقول مالك من يد المستعير ايضا وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة بالحفظ ولا يظهر في حق القطع لان فيه اي في القطع تفويت الصيانة لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصير خصومته لاثبات الحفظ سببا لنفيه ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا وهذه النكتة هي مبنى الخلاف اعني كون خصومتهم معتبرة فاثبتها بقوله اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد والاحسن ان يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان استرداد تها حقا لهم كما ان ذلك للمالك بل المالك في الحقيقة لم يرد الا اليد وهذا لان ذا اليد ان كان امينا لا يقدر على اداء الامانة الا بها وان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومته في حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق مني وقصده احياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته في القصاص لا تعتبر فلا تقتص بخصومته لانه ليس فيه حقه في اعادة يده واورد ان في صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احد الحجتين وكذا لو اقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعي مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع انه يقطع اجيب بان المستعير ومن ذكر معه اصحاب يد صحيحة وبينا ان لهم حق الاسترداد بخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل الا ترى انه لا يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره وفي فصل الاقرار شبهة زائدة هي جواز ان يرد المالك اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم اجاب عن قول زفر بقوله وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء حقا لله وان لزم غير مقصود ولا مراد لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع انه مهدر في اعتبار الشرع بدليل الاجماع على ان يقطع بخصومة الاب والوصي بسرقة مال اليتيم وان لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة جواب عن مقدر هو ان يقال احتمال اقرار المالك له اي عراقه بالمال وان زيد اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابتة توهمها في الحال لا على تقدير منتف في الحال الا ترى ان القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي او اذنت له في الدخول في بيتي ولا يخفى ان لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز انه اذا حضر قال كنت ابحته للمسلمين او لطائفة السارق منهم كما جاز ان يقول هو سوا فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك بسبب قيام احتمالها في نفس الامر على تقدير حضوره المنتفي في الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان اذن له او انه مقر له به قائم في الحال

وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رح انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رح يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة

وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد انه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المستودع **قوله** وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال ان يقطع السارق الثاني وبه قال احمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول اولا ولنا ان المالك لا يجب على السارق ضمانه فكان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له ويد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم اقطع الثاني وان درئت القطع عن الاول لشبهة قطع الثاني ومثله في الاملاء لابي يوسف واطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول احمد لان يده ليست يد امانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع في اخذ مال ضائع قلنا بقي ان يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وفي رواية اخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا ملك والرد منه ليس باولى منه الى المالك والوجه انه اذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده الى الاول ولا الى الثاني اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثاني الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ اموال الغيب ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ عنه القطع لشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار يده كيد الغاصب **قوله** ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانا نعني الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهي انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت المنازعة بالرد بخلاف ما بعد المرافعة اي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة اذ الرد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين ان يرد قبل الخصومة الى يد المالك او يد ابيه او امه او جده او جدته وان لم يكونوا في عياله وكذا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذوي رحمه المحرمة كاخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرأ ولا يقطع كما لو رده الى زوجته او عبده او مكاتبه او اجيره مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه او مسانهة يبرأ في هولاء كلهم ولا يقطع ولو سرق من المكاتب ورد الى سيده او من العيال ورده الى من يعولهم او سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع اما الغاصب فلا يبرأ بالرد الى الاب والام ولا الى ولده واقاربه المحرمة الذين في عيالهم ولا الى الزوجة ومن ذكرنا معها **قوله** واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك وسلمها اليه او باعها منه لا يقطع وقال زفر والشافعي ومالك واحمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا بفعلها بلا شبهة وظهورا عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لو صح اعتبار عارض الملك المتاخر متقدما بالتثبت اعتباره وقت السرقة فلا موجب لذلك فلا يصح ولا شبهة فيقطع ومما ينفي صحة ذلك الاعتبار

ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند
الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمه الله اعتبارا بالنقصان
في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر
غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه
سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم
يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة
الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر

لما في حديث صفوان انه قال يا رسول الله لم ارد هذا ردائي عليه صدقة فقال عليه السلام فهلا قبل ان تأتيني به رواه ابو داود وابن ماجه وزاد النسائي
في رواية فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو اقر له بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك للسارق
فينتفي القطع **قوله** ولنا ان الامضاء يعني استيفاء الحد بالفعل من القضاء في باب الحدود فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء
لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشأن في بيان ان الاستيفاء من القضاء وهو القضاء في هذا الباب وقد بيناه في حد الزنا الا ان المصنف لما كان
هذا هنا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله لوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة
باللفظ بل امر بالاستيفاء او استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق هنا
هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء لفظا بل وقع لا لفائدة سقوط الواجب عنه الا بالاستيفاء واذا كان كذلك
فالخصومة شرط ليشترط قيامها عند الاستيفاء كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لانه تنتهي الخصومة
والشيء بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع واما الحديث ففي رواية كما ذكر وفي رواية الحاكم في المستدرك انا ابيعه وانسئه
ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت اريد هذا وقوله يقطع رجل من العرب في ثلاثين درهما لم تثبت انه
سلمه اليه في البيت ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع
اليه وفي ذلك لا يكون ملكا قبل القبض **قوله** وكذلك اذا نقصت قيمتها اي قيمة السرقة اي العين المسروقة من حيث السعر بعد القضاء
قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب وعن محمد يقطع وهو قول زفر وباقي الائمة الثلاثة اعتبارا بالنقصان بالعين اذا كانت ذات العين ناقصة وقت
الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء وكذلك ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الامضاء
لما ذكرنا انه من القضاء وهو منتف في نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بعضه عين وبعضه
دين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فانه يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم يسقط ضمانه **قوله** واذا ادعى
السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة قال المصنف معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة وانما فسر به ليخرج ما اذا
اقر بالسرقة ثم رجع فقال لم اسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه وهو احد اقواله
كذا ذكره بعضهم وهو رواية عن احمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه انه لا يقطع
وقيل هو نص الشافعي وعن احمد رواية انه اذا كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة واولى الروايات
انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المصنف ولا معتبر بما قال من انه يفضي الى سد باب الحد بدليل صحة
الرجوع بعد الاقرار اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من لم يعلم هذا من السراق
اقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا **قوله** واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع
منهما ويورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فتتحد فتتمكن الشبهة فيهما **قوله** فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد
الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر الحاضر منهما في قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما وقول الائمة الثلاثة وكان يقول اولا لا يقطع لانه ان حضر الخ

وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه تقطع يده ويرد السرقة إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رح لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رح ومعنى هذا إذا كذبه المولى ولو أقر بسرقة مال مستهلك تقطع يده ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر رح لا يقطع في الوجوه كلها لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأنه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح إقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح إقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعدى إلى المالية فيصح من حيث إنه مال ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الإضرار ومثله مقبول على الغير ولمحمد رح أن إقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الإقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت وإذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبع بخلاف المأذون لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولأبي يوسف رح أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه والقطع يستحق بدونه كما إذا قال الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وإن كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولأبي حنيفة رح أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى تقطع في الفصول كلها لزوال المانع

ربما يدعي شبهة والسرقة واحدة فيحتمل في حقها وجه قول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما فإنما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع إلا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت ببينة أخرى وكذا إذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الأول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الأئمة **قوله** وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة لأن العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه وفي كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له إذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن لا يضمن المال وإن أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المص ولو كان مأذونا قطع في الوجهين ويرد المال إلى المقر له إن صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وإن كان العبد محجورا فإن أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وإن أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المص بقوله قال زفر لا يقطع في الوجوه كلها أي فيما إذا كان العبد محجورا والإقرار بهالكة أو قائمة أو مأذونا والإقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا أعني إقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة يقطع ويرد لمن أقر بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له وقال الطحاوي سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الأقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الأول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الحلال في الزكاة ومعنى المسئلة إذا كذبه المولى في إقراره وقال المال مالي أما إذا صدقه فلا إشكال في القطع ورد المال للمقر به اتفاقا هذا كله إذا كان العبد كبيرا وقت الإقرار فإن كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه إن كان مأذونا يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما وإن كان هالكا يضمن وإذا كان محجورا فإن صدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائما ولا ضمان عليه إن كان هالكا ولو بعد العتق وتقدم المص الكلام مع زفر فقال إن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لأن إقراره بهما يرد أثره على نفسه أو طرفه بالإتلاف وكل ذلك مال المولى فالإقرار به إقرار على مال الغير والإقرار على الغير غير مقبول إلا أن المأذون له لما تضمن إقراره الإقرار بالمال والطرف وبطل بالطرف بقي بالمال يضمنه إن كان هالكا ويرده إن كان قائما لصحة إقراره بالمال لكونه مسلطا على الإقرار به من جهة المولى حيث أذن له ونحن نقول الإقرار بهما صحيح لأن أثر الإقرار بهما يرجع إليه من حيث هو آدمي لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ألا ترى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان يبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه هو كالطلاق ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار ليبطل في حق السيد لأن ضرر الراجع إليه به فوق ضرر الراجع به إلى المولى لأنه يفوت عليه نفسه أو طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما إذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فإنه تقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لأن الزعم من ذلك فرع لزومه مثله فيقبل في حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا لو أقر المفلس بعد الفلس بالقتل عليه يقبل إجماعا وإن كان فيه إبطال ديون الناس ولمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح إقراره بالغصب فيبقى ما في يده مال المولى إذ الغرض تكذيب المولى فينفي إقراره بعد إقراره بسرقة مال المولى

قال وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت إلى صاحبها لبقائها على ملكه وإن كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله وهو المشهور وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لأنهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولأن وجوب الضمان ينافي القطع

وبسرقة مال المولى لا يقطع وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد أي يوكد ما ذكرنا من عدم القطع أن المال في لزوم القطع أصل والقطع تابع والتابع من حيث هو تابع لا يتحقق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع وبيان المال أصل أن الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال أريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع وكذا يثبت المال في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها وأقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فإنه يقضي بالمال دون القطع وكذا إذا أقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع وفي عكسه لا يسمع حتى لو قال المسروق منه أريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فإنما يصح في حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع ولأبي يوسف أنه أقر بشيئين أي أقر بما يوجب شيئين القطع وهو إقرار على نفسه فيقطع على ما ذكرنا مع زفر من وجه صحة إقراره بالحدود والقصاص والمال وهو إقرار على المولى وهو يكذبه فلا يصح في حق المولى القطع يستحق بدون المال كما إذا أقر بسرقة مستهلكة فإنه يقطع فلا يلزمه المال وكذا لو قال هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع ولا ينزع الثوب من زيد إلى عمرو فيقطع والمال للمولى ولأبي حنيفة أن الإقرار في حق القطع قد صح منه لما بينا في الكلام مع زفر من أنه آدمي الخ ويلزمه صحته بالمال أنه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل أنه إذا صح الإقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم لحكم الشرع بكون المال للمقر له إذ لا قطع بمال السيد وإلى هذا يتم الوجه وزيادة قولهم لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه زيادة لا تظهر الحاجة إليها وقوله بخلاف مسئلة الحر يريد إلزام أبي يوسف بما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو فيقطع به ولا يدفع إلى عمرو فكذا جاز أن يقطع بما أقر به من مال الأجنبي ولا يدفع إليه فقال فرق بينهما فإن القطع في المسئلة المذكورة محمول على صحة إقراره به لعمرو وأنه وديعة عند زيد أو غصب وادعى زيد أن الثوب له جاز كونه إنكارا للوديعة غير أن المقر ليس خصما في ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فإنا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وإن كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لأنه لما لم يضمن بالاستهلاك وفيه جناية ثانية فلأن لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين وروى الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما أي في الهلاك والاستهلاك وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث والبتي وإسحق وحماد وقال مالك إن كان السارق موسرا ضمن وإن كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف إن كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا إذا باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا فإنه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال وجه قولهم عموم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما أخذت حتى ترده لأنه أتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع إنما يتحقق بالمنافاة بين حقي القطع والضمان ولا منافاة لأنهما حقان بسببين مختلفين أحدهما

لانه يتملكه باداء الضمان مستند الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة

حق الله تعالى وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والاخرى حق الفقير فيقطع حقا لله ويضمن حق العبد وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء حقا لله والقيمة حقا للعبد وكشرب خمر الذمي على قولكم فانكم تحدونه حقا لله تعالى وتغرمونه قيمتها حقا للذمي فهذا الزام فانهم لا يضمنون الخمر باستهلاكها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن اخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وضعف ابن المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فادخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهري قاضي المدينة وهو احد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي وامانته وذلك الساقط ان كان قد ظهر انه الزهري فقد عرف وبطل القدح به فان قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق اجرة القاطع مدفوع بهوانه البزار لا يضمن السارق سرقة بعد اقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه اخذ ملكه ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا فما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي والمؤدي اليه الضمان فينتفي الضمان ولان المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فينتفي الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا فكان محرما حقا للشرع فقط كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله ولا يقال جاز كون الشيء محرما لغيره ولنفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم ان يكون مباحا في نفسه لانا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما الا لغيره وقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التي علم الله تعالى انها تتصل بها السرقة وانما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع فاذا قطع علمنا انه استخلص الحرمة حقا له تعالى في ذلك المال كما يعلم ان الاب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له لظهور دعواه ولدها الا انا علمنا انه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى ينقل الملك فيها اليه قبيل الوطء القبلية التي علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا في اعتق عبدك عني بالف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط فان قلت فما وجه رواية الحسن في الضمان باستهلاك مع فرض ان العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق محرمة الميتة فينبغي ان لا يفترق الحال فاجاب المصنف عنه بقوله الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر انما الضرورة في نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع وكذا الشبهة اي شبهة الاباحة انما تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاستهلاك ووجه المشهور ان الاستهلاك وان كان فعلا آخر الا انه اتمام المقصود بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدودا منها فتعتبر الشبهة فيه كما اعتبرت في السرقة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان في فصل الاستهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا في حالتي الهلاك والاستهلاك

قال ومن سرق سرقات [illegible]

[illegible]

[illegible]

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك

فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شارب خمر الذمي لانه اتلفه مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل حق الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين ومثله صيد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد انه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الايضاح قال ابو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا لو خاطه قميصا لا يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع كمن دخل دار الحرب بامان واخذ شيئا من اموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر اثره في حق الحكم واما ديانة فيعتبر قضية السبب **قوله** ومن سرق سرقات فقطع في احدها بالخصومة صاحبها فهو اي ذلك القطع لجميعها ولا يضمن شيئا لارباب تلك السرقات عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا السرقة التي قطع فيها فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا من السرقات بالاتفاق لهما ان الحاضر ليس نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع لهم فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم فاذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو يلزم سقوط ضمانها كلها في نفس الامر علم القاضي بها او لم يعلم ولا اثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب

باب ما يحدث السارق في السرقة ومن سرق ثوبا فشقه في الدار قبل ان يخرجه من الحرز بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة بعد الشق قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع وان كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلفت العبارات في افادة قول ابي يوسف في بعضها ما يفيد انه روي عنه وان الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن ابي يوسف وكذا قول الاسبيجابي ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع محمد وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وشمس الائمة البيهقي زاد وقال في الكفاية وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وفي بعضها ما يفيد انه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال ابو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وقال ابو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله ان السرقة ما تمت الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم اسقط البائع الخيار فانه لا يقطع لذلك وهو ان السرقة تمت على عين غير مملوكة ولكن فيه سبب الملك للسارق ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان ولا يخفى ان المناسب ان يقول ان الشق وضع سببا للضمان لا للملك وثبوت ولاية الغير ان يملك ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين وانما تكون تلك الولاية موجبة للسببية

وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق
لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا
فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه

اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالمبيع فيما قست عليه لانه ما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع لكن نفس التصرف
وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق تكلف في تقريره بان قيل الاخذ سبب للضمان لانه عدوان محض
لا للتمليك فكان كالشق عدوانا فكلما لا يعتبر فالاخذ شبهة دارئة للقطع بل يقطع اجماعا كذلك الشق وانما يعتبر الشق سببا للضمان اذا اختار المالك
التضمين فيثبت ضرورة اداء الضمان والقضاء به ومثله لا يورث شبهة والا لثبت مثلها في نفس الاخذ لانه ايضا يحتمل ان يصير سببا للملك
باداء الضمان كالشق فصار نظير ما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان العقد سبب لرد بالعيب الذي به ثبوت الملك
للبائع **قوله** وهذا الخلاف الخ الحاصل ان هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان
واخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند ابي يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا
الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه اياه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس
للمالك تضمين كل القيمة فانتفى وجه ابي يوسف في عدم القطع في اليسير واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون
اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا اختيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بما ملكه بالضمان فقد حده التمرتاشي بان
ينقص اكثر من نصف القيمة واما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والاقل يسير وقيل ان يكون المعنى نقصانا
ما لم ينته الى ما به يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي
واورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير ان فيه جمعا بين القطع والضمان واجاب فقال انما لا يجتمعان
كيلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان
بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان
عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الخبازية
وفي الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب
القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقض بالاستهلاك
غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بانما سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا انتقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما انتقص
ثابت قبل السرقة ثم اذا اخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حين هو بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه الا ترى الى قول الامام
قاضي خان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة واما ضمان النقصان
فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب
باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو اخذ ثوبين واحرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيمته نصاب واما قول
الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الخ فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان
هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له **قوله** وان سرق شاة فذبحها

ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما وأصله في الغصب فهذه الصنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لأنه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لأنه ملكه قبل القطع وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فإن سرق ثوبا فصبغه أحمر ثم قطع لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لأن حق كل منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وإن صبغه أسود أخذ منه في المذهبين يعني عند أبي حنيفة ومحمد رح وعند أبي يوسف رح هذا والأول سواء لأن السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رح زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند أبي حنيفة رح السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

قال وإذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما تبلغ قيمته ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الإمام حدا

ثم أخرجها لم يقطع ولو ساوت نصابا بعد الذبح لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه **قوله** ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع بأن كانت نصابا فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه عند أبي حنيفة وهو قول الأئمة الثلاثة ويرد الدراهم والدنانير التي صنعها على المسروق منه وقالا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما إذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فصيرها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصنعة حق المسروق منه في السرقة بناء على أنها لم تتبدل فيقطع فالقطع لا يشكل على هذا أما عندهما فقد قيل لا يقطع لأنه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شيء على السارق لأنه لم يملك عين المسروق لأنه بالصنعة صار شيئا آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بأن غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا وفضة صار دراهم ودنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل أنها لم تتعين بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع ويؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وإنما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم **قوله** ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر ثم قطع بإجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح ولا يضمنه وقال محمد يؤخذ منه الثوب وهو قول الأئمة الثلاثة ويعطي قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتبارا بالغصب فإن غاصب الثوب إذا صبغه أحمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة والجامع كون الثوب أصلا والصبغ تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة وهو ظاهر ومعنى أي من حيث القيمة حتى لو أراد المسروق منه أن يأخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى فإنه لو هلك أو استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له إذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع لذلك بخلاف الغصب لأن حق كل من المغصوب منه الثوب والغاصب الذي صبغه قائم صورة ومعنى لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا من أن الصبغ تابع **قوله** وإن صبغه أي السارق أسود ثم قطع أو قطع فصبغه أسود يؤخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا والأول سواء فلا يؤخذ منه لأن السواد زيادة كالحمرة وهي مانعة من الاسترداد من السارق وعند محمد هو زيادة لكن الزيادة غير مانعة من الاسترداد كما قال في الحمرة وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فإن الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما وفي شرح الطحاوي ولو سرق سويقا فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ أي الأحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد يأخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

باب قطع الطريق أخره عن السرقة وأحكامها لأنه ليس سرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو وما دخل فيه من إطلاق لفظ السرقة بل إنما يتبادر الأخذ خفية عن الناس ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاختفاء عن الإمام ومن نصبه الإمام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الأدراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه إلا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم تفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز **قوله** وإذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم أو واحد له منعة بقوته ونجدته يقصدون قطع الطريق

الاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربع هذه الثلاثة المذكورة
والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى لان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد
بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة
على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ
مال مسلم او ذمي ليكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد
كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة
الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع

اي اخذ المارة فاحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي اربعة وبالنسبة الى ما هو اعم منه خمسة اما بالنسبة الى الجزاء فاما ان يوخذوا قبل
ان ياخذوا مالا ولا يقتلوا النفس بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى ان اخذوا فحكمهم ان يعزروا ويحبسوا الى ان تظهر توبتهم في الحبس
او يموتوا به . اما ان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك
فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما او ذميا ولم ياخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا ومعنى حدا انه لو عفا اولياء المقتول
لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمتى عفي عنهم عصى الله تعالى والرابعة ان ياخذوا المال ويقتلوا وسياتي
وفي فتاوى قاضي خان وان قتل ولم ياخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا الا ان يكون معناه اذا امكنه اخذ المال فلم ياخذ شيئا
ومال الى القتل فانا سنذكر في نظيره انه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن ابان وفيها ايضا ان خرج على القافلة في الطريق واخاف الناس
ولم ياخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من انه يحبس اتباعا للنفي المذكور في الآية وما هو بالنسبة الى ما هو اعم فالاربعة
المذكورة والخامسة ان يوخذوا بعد ما احدثوا توبة وتاتي ايضا في الكتاب والتقييد بمسلم او ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستامن فلو قطعوا
الطريق على مستامن لا يلزمهم شئ مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التابيد
وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون ياتي ذلك كله في الكتاب مفصلا
والاصل فيه اي في توزيع الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا
ان يقتلوا او يصلبوا الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل امنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل
الامن او هو على حذف مضاف اي يحاربون عباد الله وهو احسن من تقديره اولياء الله لان هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمي
واما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصيان امره صلى الله عليه وسلم واما باعتبار ان الرسول عم هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق الذي تولى حفظها
بنفسه ونائبه فقد حاربه فالمراد من الآية التوزيع اي توزيع الاجزية المذكورة على انواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث واسحق
وقتادة واصحاب احمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وابو ثور وداود الامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا
وقال مالك اذا راى الامام القاطع جلدا ذا راي قتله وان كان جلدا لا راي له قطعه ولنا ما روى محمد رحمه الله عن ابي يوسف عن الكلبي
عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بردة هلال بن عويمر الاسلمي فجاء اناس يريدون
الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي بردة الطريق فنزل جبريل عم على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد ان من قتل واخذ المال
صلب ومن قتل ولم ياخذ قتل ومن اخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي
رواية عطية عن ابن عباس ومن اخاف الطريق ولم يقتل ولم ياخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو ان من المقطوع به انما ذكر
من القتل والصلب والقطع والنفي كلها اجزية على جناية القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالاطلاق
المحض للآية يقتضي ان يجوز ان يترتب على اغلظها اخف الاجزية المذكورة وعلى اخفها اغلظ الاجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل
فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ

والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رح يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه

الا انه الاخذ لما كان اغلظ من اخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط الا كون النصاب فيه عشرين لان التغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كيلا يستباح طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك سواء ان يكون الماخوذ نصابا فصاعدا اصاب كل النصاب اولا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة وكذا الاحكام السابقة من انه لو كانت يسراه شلا لا يقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلا لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا يقطع ايديه وكذا الرجل الى فان قلت ليس في الاجزية الموزعة الحبس قلنا المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض اي من وجه الارض لا يتحقق ما دام حيا وان حمل على بعضها وهي البلدة لا يحصل به المقصود وهو دفع اذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصل اليه من البلدة الاخرى فعلمنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا ولما يروى مالك رح ان مجرد النفي لا يفيد المقصود وقال يحبس في بلدة النفي ومعلوم ان المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيرها فيقع تعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة قوله والرابعة من انواع هذه الجناية ما اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم بلا صلب وقطع وان شاء صلبهم احياء ثم قتلهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف لا بد من الصلب للنص في الحد فلا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعي واحمد اجاب بان اصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيره صلب احدا مع انه اظاهر النقل يحتم الصلب فان قوله ان يقتلوا او يصلبوا انما يفيد ان يقتلوا بلا صلب او يصلبوا بلا قتل لكن لقتيل لعدة الصلب مصلوبا بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل او يصلب في عامة الروايات من المبسوط وشرح الجامع الصغير وذكر ابو يوسف مع محمد وبه قال ان كان القاطع ذا راي والشافعي واحمد مع ابي يوسف في انه لا بد من الصلب ومع محمد في انه لا يقطع وجه قولهم انه جناية واحدة هي جناية قطع الطريق فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رح وهذا على اعتبار ابي يوسف مع ابي حنيفة الى لا مع محمد ان هذه الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل ايضا عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها حيث بلغ النهاية في تفويت الامن حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل واخذ المال وكونها امورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق الا ترى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره ان يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع ادى الى ان من اخذ المال قطع وهذا قد اخذه فيقطع وان من قتل يقتل ويصلب وهذا قتل فيجب ان يجمع له بين القطع والقتل الا ان ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز ان يوخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وما ذكر من دخول ما دون النفس في النفس هو ما اذا كانا حدين احدهما دون النفس والاخر النفس اما اذا كان ذلك حدا واحدا

ثم **قال** ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي رح وعن الطحاوي رح انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به **قال** ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن ابي يوسف رح انه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة **قال** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق **قال** والقتل وان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه

فلابد من اقامته في اجزاء حد واحد غير انه ان بدأ بالجزاء الذي لا تتلف به النفس فعل الآخر وان بدأ بما تتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت **قوله** ثم قال اي القدوري فيما اذا اختار الامام صلبه او ما اذا قلنا بلزومه على قول ابي يوسف انه يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي ووجهه وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع لان المقصود الزجر وهو انما يحصل في الحيوة لا بعد الموت الا ان يقال النص دل على ذلك فانه قال ان يقتلوا او يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معادله بحرف العناد فلا يصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة فانها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف ولا يقال وجه الاول وهو الاصح انه ابلغ في الردع وهو المقصود ولا يخفى ان هذا لا يكافي وجه الطحاوي لان القول الحاصل ليس غير صلب وبعج البطن لازم والثاني هو المعتاد منهم لان عادتهم القتل فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمل العينين فان كان هنا مثلة فالصلب ليس غيره وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المسئلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا لا تحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين اهله يدفنونه وعلمت في باب الشهيد انه لا يصلى على قاطع الطريق **قوله** ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى به الناس وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة من النص وكون الامر بالصلب لا يقتضي الدوام بل بمقدار متعارف لابلاء الاعذار كما في مهلة المرتد وغيرها كما في مدة الخيار **قوله** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه لما بيناه في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع **قوله** وان باشر القتل احدهم اي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوا اجري الحد على جميعهم فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا لان القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنص مع التوزيع والمحاربة تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم وقد تحققت المحاربة مع القتل فيتعلق الجزاء بالكل وهو قول مالك واحمد خلافا للشافعي قلنا حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشر والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف او عصا او حجر في قتل الكل وان لم يوجب ابو حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح فان كان من جراحة يجري فيها القصاص اقتص وما لا يجري فيه ذلك اخذ الارش ويعرف تفصيله مما تقدم في الجنايات ان شاء الله تعالى وهذا لانه لا حد في هذه الجناية من قطع او قتل فظهر حق العبد فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس اي ما يتصل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وكذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان **قوله** وان اخذ بعد ما تاب سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص كما قال تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فان كان قد قتل فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان هذا القتل قصاص فيصح العفو عنه والصلح ويجب لا ان يكون قتل بحديدة ونحوه لان القصاص لا يجب الا به ونحوه عند ابي حنيفة وكذا اذا كان اخذ المال ثم تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا ويأخذه ان كان قائما لانه لا قطع بعد التوبة لسقوط الحد فظهر حق العبد في ماله كما في النفس وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب وقد اختلفوا فيه قيل لا يسقط كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة وقيل تسقط اشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تستقيم الخ

وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين

في السرقة الكبرى لخصوصها بالاستثناء في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص سائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول تسقط وعندهما لقوله تعالى واللذان ياتيانها منكم فآذوهما فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما ونحن نقطع بان رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والآية منسوخة انما كان ذلك في اول الامر فاذا عرف هذا فنقول المصنف لان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مسئلة شبهة التناقض لانها اذا توقفت على رد مال فاخذ القاطع قبل التوبة او اخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد اخذ المال فيه الحد لقطع اليد والرجل اجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبة فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي او استهلكه ومثل ما لو اخذ والعد التوبة في سقوط الحد والرجوع الى القصاص وتصرف الاولياء فيه وفي المال ما لو اخذ وا قبل التوبة وقد قتلوا ولكن اخذوا من المال قليلا لا يصيب كلا نصاب فان الامر في القتل والجرح الى الاولياء ان شاؤا قتلوا قصاصا وان شاؤا عفوا وقال عيسى بن ابان يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم ياخذوا شيئا من المال قتلهم حدا لا قصاصا فمع اخذ المال اولى وهذا لان ما دون النصاب كالعدم ولانه تتغلظ جنايتهم باخذ شيء من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكر في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع اخذ المال وقتلهم ليس الا ليصلوا اليه فاذا تركوا اخذ المال عرفنا ان قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس الا للمال فيقتص منهم ان شاء الولي ويجري فيه احكام القصاص **قوله** وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فيظهر احكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط لو كان فيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه او فداه كما لو دفعه في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امراة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المصنف فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء الاخذ والقتل يحد الباقون وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه ان يقول وقال ابو يوسف بعد ان قال المذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر او يقول المذكور ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فان العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين وعلى هذا السرقة الصغرى ان ولي الصبي او المجنون اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا الا الصبي والمجنون وقالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم لا يسقط الحد من غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين لابي يوسف ان المباشر اصل والردء تابع ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد ان لا خلل في الاصل فيحد الباقون وفي عكسه وهو ان يباشر الصبي والمجنون ينعكس المعنى والحكم فالمعنى هو السقوط على الاصل ينعكس فان السقوط في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون ولهما اي لابي حنيفة ومحمد ان قطع الطريق جناية واحدة لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير انها انما تتحقق في الغالب بالجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة قامت بالكل واذا لم يقع فعل بعضهم موجبا للحد لشبهة او عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين لان فعل الباقين بعض العلة وببعض العلة لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم

بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع وقع لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رح لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رح انه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا

يسقط القصاص عن العامد واما ذو الرحم فقيل تاويله اي تاويل سقوط الحد عن الكل ان يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع ذو رحم محرم من احدهم فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع في حق احدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم يأخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير والاصح انه مجرى على الاطلاق وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانه محرز بحرز واحد وهو القافلة والجناية واحدة وهي قطع الطريق فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم قوله بخلاف ما اذا كان فيهم اي في المقطوع عليهم وهو القافلة مستأمن جواب عن مقدر هو ان القطاع على المستأمن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط المستأمن لذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم اجاب بان الامتناع في حق المستأمن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو امر يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فيصير كان القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا في المستأمنين لا حد عليهم ولكن يضمنون اموال المستأمنين لثبوت عصمة اموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التابيد والله اعلم قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد يجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة او بمثقل عندهما ورد المال ان اخذه وهو قائم وضمانه ان هلك او استهلك قوله ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران احدهما بالاخرى فليس بقاطع الطريق استحسانا وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع ان يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية وفي القياس يكون قاطعا وهو قول الشافعي فان في وجيزهم من اخذ في البلد بالمغالبة فهو قاطع طريق وعن ابي يوسف انه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث لانه محارب بل مجاهرته ههنا اغلظ من مجاهرته في المفازة ولا تفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك كل من اخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه لا محاربة الا على قدر ثلاثة اميال من العمران وتوقف احمد مرة واكثر اصحابه ان يكون بموضع لا يلحقه الغوث وعن ابي يوسف في رواية اخرى ان قصدوه بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع فان قصده بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجارة لان السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطئ بالليالي فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول ابي يوسف قال المصنف ونحن نقول ان قاطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر والقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث ولست تعلم ان الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم من الناس وانما انيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة ايام بين المصر والقاطع ولا شك في ان ليس لحوق الغوث في

ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابى حنيفة رح وهى مسئلة القتل بالمثقل سنبين فى الديات ان
شاء الله تعالى وان خنق فى المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا فى الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

ذلك المقدار ظاهر اوهو ما عمل به للظاهر واذا اقلعا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم ان يضربوا ويحبسوا وان قتلوا الزم القصاص واحكامه وان اخذوا ما لا ضمنوه اذا اتلفوه وعلى تقدير انهم قطاع ان قتلوا اقتلوا حدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله لما بينا اى من قوله لظهور حق العبد عند انتفاء الحد قوله ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابى حنيفة رح وهى مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى فى الديات وظاهر انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى انها مثلها فى ثبوت الشبهة عنده فى العمد حيث كانت الالة فيها قصور يوجب التردد فى انه قصد قتله بهذا الفعل او قصد المبالغة فى ايلامه واو خال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك فان خنق غير مرة قتل الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتحقيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم استمر لتعمده لانه صار ساعيا فى الارض بالفساد وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل فروع نص فى الاصل على ان العبد والمراة فى حكم قطع الطريق كغيرهما اما العبد فظاهر واما المراة فلكنها فى السرقة الكبرى فى ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوى لان الواجب قتل وقطع وهى كالرجل فى جريانه كل منهما عليها عند تحقق السبب منها وذكر الكرخى ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هى المحاربة والمراة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبى الا ترى ان فى استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمراة فكذا فى العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوى الحر فى استحقاق الغنيمة ويساويه فى هذا الحد ولم يحد الصبيان والمجانين لعدم اهلية العقوبة وذلك لا يوجد فى النساء وذكر هشام فى نوادره عن ابى يوسف رح اذا قطع قوم الطريق ومعهم امراة فباشرت المراة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام الحد عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابى حنيفة رح انه يدرء عنهم جميعا لكون المراة منهم وجعل المراة كالصبى والعجب ممن يذكر هذه اعنى كون المراة مع الرجال فى القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين ابى يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما فى المبسوط من انها كالرجال منسوب الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخى بالعبد كما ذكرنا وممن فعل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف فى التجنيس وغيرهما مع ضعف الاوجه المذكورة فى التفرقة مثل الفرق لضعف البنية فى اصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب فى المحاربين ولا قوة الا بالله وما فى النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن واخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن بمحاربات وعلله بان المراة اذا قاتلت العدو واسرت لم تقتل وانما قتلن لقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وابو يوسف رح شرط مرتين كقوله فى السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما فى السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان اقربه معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع او الاقرار فلو شهد احدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا تقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على اب الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى اصحابنا واخذوا مالنا لا تقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا انهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولى يعرف لا تقيم الحد عليهم الا بحضرة من الخصم ولو قطعوا فى دار الحرب على تجار مستامنين او فى دار الاسلام فى موضع غلب عليه اهل البغى ثم اتى بهم

كتاب السير

الى الامام لا يمضي عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري فيه حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم ولا الفعل ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم الى اولياء المقتول فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليهم الحد اما لتقادم العهد وفيه نظر او لعدم الخصم وقد سقط خصومتهم بما فعل اليهم والقضاء الاول فيتم بذلك لنفاذه اذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرير الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب اجنبي فقتلهم لا شيء عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة اطرافه ولو قتله قبل ثبوته عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا شيء عليه لظهور انه استوفى حق نفسه ولو ان لصوصا اخذوا متاع قوم فاستغاثوا القوم وخرجوا في طلبهم ان كان ارباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم ان يقاتلوهم لان القتال للاسترداد للرد على ارباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شيء عليهم فقتلوه لاجل مالهم فان فر منهم الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل مالهم ولو فر رجل من القطاع فلحقوه وقد القى نفسه الى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب السير

اورد الجهاد عقيب الحدود لعد ان ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منهما من مضمون هذا الكتاب وهو اخلاء العالم عن الفساد ويكون كل منها حسنا لحسن غيره وذلك الغير وهو اعلاء كلمة الله تعالى يتادى بفعل نفس المامور به وهو القتال وسبب تاخيره عنها الوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد اعظم كل فساد واقبحه والعادة في التعاليم الشروع فيها على وجه الترقي من الادنى الى ما هو اعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين اولى ولا يخفى ان له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا اورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح والسير جمع سيرة وهي فعلة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة كجلسة وجمرة وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار عندنا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان اهل الشرع على الطريق المامور بها في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو ايضا اعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو ايضا اعم لانه جمع مغزاة مصدرا سماعيا لغزى دالا على الوحدة والقياس غزو وغزوة للوحدة كضربة وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف وحاصله بذل اعز المحبوبات وادخال اعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله وتقربا اليه تعالى بذلك واشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة اهويتها ولذا قال صلى الله عليه وسلم وقد رجع من غزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا انه صلى الله عليه وسلم

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه

اخيره في الفضيلة عن الصلوة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله اي الاعمال افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جاء انه جعله افضل بعد الايمان في حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اي العمل افضل قال الايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه افضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء وفيه نظر لان المذكور في الحديث السابق الصلوة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا الاخير ذكر ان المواظبة على اداء فرائض الصلوة واخذ النفس بها في اوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلوة على ميقاتها افضل من الجهاد لان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك ولان افتراض الجهاد ليس الا لايمان واقامة الصلوة فكان مقصودا حسنا لغيره بخلاف الصلوة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ وفيه طول الى ان قال والذي نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل يبتغى به درجات الآخرة بعد الصلوة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذا لا شك في هذا عندنا وجب ان نعتبر كلا من الصلوة والزكوة مرادة بلفظ الايمان في حديث ابي هريرة رض ويكون من عموم المجاز او يرجح بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رض ونحوها عضده من الاحاديث السابقة والحق انه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلوة فيه اصلا فانما فيه انه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلوة وهي قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله افضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخاري وعن ابي هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فاعاد عليه مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر من صلوته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن ابي هريرة رض عنه من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيمة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رض سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه اجري عليه عمله الذي كان يعمل واجري عليه رزقه وامن الفتان رواه مسلم زاد الطبراني وبعث يوم القيمة شهيدا وروى الطبراني باسناد ثقات في حديث مرفوع ومن مات مرابطا امن من الفزع الاكبر ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن ابي هريرة وبعثه الله يوم القيمة آمنا من الفزع وعن ابي امامة عنه صلى الله عليه وسلم قال ان صلوة المرابط تعدل خمسمائة صلوة ونفقة الدينار والدرهم منه افضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق في كل مكان ففي النوازل ان يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام لان ما دونه لو كان رباطا فكل المسلمين في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا اغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع

قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام فان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل

تتمة

رباطا الى اربعين سنة واذا اغار مرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا اغار ثلث مرات يكون رباطا الى يوم القيامة قال في الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول واعلم ان ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن انس عن النبي صلى الله عليه وسلم من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا ياخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله تعالى يقول وان منكم الا واردها رواه ابو يعلى وفيه محتمل في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت احاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن ابي هريرة عنه قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة ان اعطي رضي وان لم يعط سخط تعس وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد اخذ بعنان فرسه في سبيل الله اشعث راسه مغبرة قدماه ان كان في الحراسة وان كان في الساقة ان استاذن لم يؤذن وان شفع لم يشفع له **قوله** الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا وقع موقع تفسير فرض الكفاية اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره انه ليس بفرض وان الامر به للندب وكذا كتب عليكم كقوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر رضي الله عنهما ويجب حمله ان صح على انه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب ان المخرج من الصبيان والمجانين مخصوصة بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا واما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك ان النص مقرون بما يفيده بغيرهم من بحيث يحارب كقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد ان قتالنا المامور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل كما كان اهل مكة يفتنون من اسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف في السير فامر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين ويؤكده قوله صلى الله عليه وآله وسلم في بعض الروايات الصحيحة بحديث النهي عن قتل النساء حين راى المقتولة وعلله بقوله ما كانت هذه تقاتل واما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان الخبر الواحد لا يفيد الافتراض وقول صاحب الايضاح اذا تايد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه ابو داود من حديث انس قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان يقاتل آخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار وفيه يزيد بن ابي نشبة من بني سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله اعلم قال المنذري هو في معنى المجهول ولا شك ان اجماع الامة ان الجهاد ماض الى يوم القيمة فلا يتصور نسخه بعد النبي صلى الله عليه وسلم وانه لا قائل ان بقتال آخر الامة الدجال ينتهي وجوب الجهاد واما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين

وقتال الكفار واجب وان لم يبدءونا للعمومات

او دفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الباقين لحصول ما هو المقصود منه كصلوة الجنازة المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى انه فرض عين تمسكا بظاهر الادلة المذكورة فانها تثبت فرض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر والمجاهدون الآية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين اجرا عظيما ولانه لو كان فرضا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم قطع مادة الجهاد من الكراع يعني الخيل والسلاح والاقوات فيؤدي ايجابه على الكل الى تركه للعجز فيلزم ان يجب على الكفاية ولا يخفى ان لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم في كونه فرض عين ان يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد ان يخرج ففي مرة طائفة وفي مرة طائفة اخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه في ذلك نص لا يستوي القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان بان هجموا على بلدة من بلاد المسلمين فيصير من فروض الاعيان سواء كان المستنفر عدلا او فاسقا فيجب على جميع اهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية او تكاسلوا وعصوا وهكذا الى ان يجب على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا كجهاز الميت والصلوة عليه يجب اولا على اهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من ببلدهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا وكان معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الاخرون وبلغهم الخبر والا فهو تكليف ما لا يطاق بخلاف انفاذ الاسير وجوبه على الكل متجه من اهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا ياثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم او قعود السلطان او منعه واستدل على ذلك بقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل اغنياء وفقراء وينبغي ان يقال قول اخر وهي كل من هذه اي انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصله انه لم يعذر احد فافاد العينية وفيه نظر لان الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعيينها العينية بل الحق ان هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لافادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة واما العينية في النفير العام فبالاجماع لانه من اغاثة الملهوف فلعل هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد رحمه الله الجهاد واجب والمسلمون في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم قال فاول هذا الكلام يعني قوله واجب والمسلمون في سعة من تركه اشار الى الوجوب على الكفاية فانه لو كان من اول ترك الكل لا ياثم لكن واجبا فهو ترك البعض واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم يفيد العينية اذ صار الحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا ان يحتاج فلا بد له من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف اما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي ان يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا ولقرا القائم نفرا وتغيرا اذا خرجوا قوله وقتال الكفار الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب او لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم واجب وان لم يبدءونا لان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم وهذا معنى قوله للعمومات لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط والمراد اطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ولقد استبعد ما عن الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب ان يبدأهم بلا تاويل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشرين من ذي الحجة الى اخر المحرم

ولا يجب الجهاد على الصبي لان الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان وعمر رض كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

او الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك انه كثير في الاستعمال قوله ولا يجب الجهاد على صبي الخ الوجه الظاهر ان يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر رض عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام ان حق السيد والزوج جعلهما متعينين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما او طاقة يستلزم اطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزم ابطال حق جعله الله متعينا للحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقدير يكونون مخصوصين من العمومات بالدليل المقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقوقهم تظهر في حق فروض الاعيان نعم لو امر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب ان يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام ياثم لان طاعتها المفروضة عليها في غير ما فيه المخاطرة بالزوج وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد واحد الابوين كاره لان طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع ان في خصوصه احاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستاذنه فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقدمنا من صحيحه ايضا حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين على الجهاد وفي سنن ابي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما وفيه عن الخدري ان رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال اذنا لك قال لا قال فارجع فاستاذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما واما الاعمى وما لا يعطف فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب قوله ويكره الجعل يريد بالجعل هنا ان يكلف الامام للناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد ما دام للمسلمين فيء وهو المال الماخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما الماخوذ بقتال فيسمى غنيمة لانه لا ضرورة عليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر وهو ان الجعل تشبه الاجرة وحقيقة الاجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه يوجبها على الغازي على الامام كراهة ما يشبه في المكروه وحقيقته الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شيء يفعله وعلم ان مقتضى النظر ان النفقة يجب في مال الكفار لانه يابو سعيا وقربة من المال الذي يكون كالخراج ومن جهة تجهيزهم من بيت المال على الامام اذا لم يقدروا على الجهاد فاضلا عن حاجتهم وعيالهم الى ان يحين تحليم استحقاقهم من بيت المال لعدان يكون في ذلك غير كاف للجهاد مع حاجة المقام اما اذا لم يكن في بيت المال فيء لا يكره ان يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدل لان به دفع الضرر الاعلى وهو تعدي شر الكفار الى المسلمين بالحاق الضرر الادنى واستانس المصنف لهذا بانه صلى الله عليه وسلم اخذ دروعا من صفوان بن امية وبان عمر رض كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد اما قصة صفوان فلا شك ان النبي صلى الله عليه وسلم ارسل يطلب منه

باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام فإن أجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله الحديث وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية به أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالإعطاء المذكور في القرآن والله أعلم ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلوهم قبل الدعوة أثموا للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لأنه صح أن النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبنى صباحاً ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة

أدرعاً عند خروجه إلى حنين ففي سيرة ابن إسحاق أربع مائة درع وكان صفوان إذ ذاك على شركه فإنه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك أربعة أشهر ثم عرض الخروج من مكة إلى حنين فأرسل يطلب ذلك فقال يا محمد أغصباً قال لا بل عارية مضمونة فبعثها ثم استحمله إياها فحملها على مائتي بعير وفي مسند أحمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه السلام أن يضمنها فقال لا أنا اليوم في الإسلام أرغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الإمام المسلمين بأن يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك إلا الالتزام فإن ما فعله الإمام في المتكلم فيه لا يأخذه على أن يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه أن عند الحاجة يتوسل إلى الجهاز إذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم وأما عن عمر رضي الله عنه فظاهر فيه لأن معنى تعريته عنه ليس إلا أنه يأخذ الجهاز منه وإلا فهو غاز عن نفسه وإن أعطاه من بيت المال وأما قوله يعطي الشاخص فرس القاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر رضي الله عنه أنه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فيه أمر الفرس وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبي مجلز قال كان عمر رضي الله عنه يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

باب كيفية القتال لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله وفعله على حد محدود شرعاً فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال إذا دخل المسلمون دار الحرب يصح أن يكون عطفاً على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واو الاستئناف فحاصروا مدينة وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان أقام به أو حصناً وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل إلى ما في جوفه دعوهم إلى الإسلام فإن لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الأجناد فمن ذلك ما أخرج الجماعة إلا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه والألفاظ لبعضهم تزيد على بعض في تخليف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمّر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً وإذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث أو خلال فأيتهن ما أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين وأعلمهم أن فعلوا ذلك أن لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فإن أبوا أن يتحولوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب إلا أن يجاهدوا مع المسلمين فإن هم أبوا فاسألهم الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فإنكم أن تخفروا ذممكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الأحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة وإجماع ولأن بالدعوة يعلمون أنا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس رضي الله عنهما المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن

قال فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة **قال** وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

ابن ابي نجيح عن ابيه عن ابن عباس رضي قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم رواه الحاكم وصححه **قوله** ولو قاتلهم قبل الدعوة اثموا ولكن لا غرامة بما اتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الحرب وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة او حكما بان استفاض شرقا وغربا انهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك في ان بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب ان المدار عليه ظن ان هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب اما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عون كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك في اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى ابو داود وغيره عن اسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال اغز على ابنى صباحا وحرق والغارة لا تكون مع دعوة وابنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياء مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة واما الاستحباب فلان التكرار قد يجري المقصود فينعدم الضرر الاعلى وقيد هذا الاستحباب بان لا يتضمن ضررا بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون او يحتالون او يتحصنون وفي غلبة الظن في ذلك بما يظهر من احوالهم كالعلم بل هو المراد اذ حقيقته يتعذر الوقوف عليها فان اجاب المدعو وغيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية بهذا امر عم امراء الاجناد وقد ذكرناه من حديث بريدة ولانه اخر ما ينتهي اليه القتال كما نطق به النص قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف على ما سيتضح فان بذلوها اي قبلوها وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القرآن بالاجماع وقد قال علي رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من الضروريات وهي حديث علي رواه الشافعي في مسنده اخبرنا محمد بن الحسن الشيباني انبأنا قيس بن الربيع الاسدي عن ابان بن تغلب عن الحسين بن ميمون عن ابي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطني ابا الجنوب **قوله** فان ابوا استعانوا عليهم بالله وحاربوهم لقوله عم في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدمر المهلك فيستعان بالله في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف على ما في الترمذي مفصلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد ان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هارون ورواه ابو داود في المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد اربعين يوما وذكره الواقدي في المغازي وذكر ان الذي اشار به سلمان الفارسي وحرقهم لانه عم احرق البويرة على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر رض قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطع وهي البويرة

ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فمبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان

اسم النخل سبب التغيير ولما تقول حسان بن ثابت وهان على سراة بني لوي حريق بالبويرة مستطير ولان المقصود كبت اعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن انهم ماخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر انهم مغلوبون وان الفتح بادٍ كره ذلك لانه افساد في غير محل الحاجة وما ابيح الا لها قوله ولا باس برميهم وان كان فيهم اسير او تاجر ولو تترسوا باسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن رميهم انهزم المسلمون او لم يعلم ذلك الا انه لا يقصد برميهم الا الكفار فان اصيب احد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الائمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس الا اذا كان في الكف عنهم في هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن ابن زياد فان رموا واصيب احد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان وقال ابو اسحق ان قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما او لم يعلمه لقوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج وان لم يقصده بعينه بل رمى الى الصف فاصيب فلا دية عليه واما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم اولى لان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق امران الاول انا امرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لان حصنا ما او مدينة قلما تخلو عن مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة او حصن عادة اهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود اولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير ان الواجب ان لا يقصد بالرمي الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يفترض وهو ما اذا فتحت البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم ان فيها مسلما او ذميا لا يحل قتل احد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم او الذمي الا انه قال ولو اخرج واحد من عرض الناس حل اذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذاك فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم او الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني ان فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصنف احال وجه مسألة التترس على وجه مسألة ما اذا كان فيهم اسير مسلم او تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يخلو اهل حصن عن تاجر او اسير فاطلاق افتراض القتال اهدار لاعتباره ما لم نسلم انه لا يخلو اهل حصن ان يتترسوا بالمسلمين ليكون اطلاق الافتراض اهدارا لحرمته الرمي فان المشاهدة نفيه فوجب ان يتقيد بما اذا لم يفض الى قتل المسلم غالبا واما قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم وحل الرمي عند ذلك ولم يتقيد به واعلم ان المراد ان كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعه وان لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تامل وتقديره هو ضرر خفيف اشد منه قتل مسلم في غالب الظن وانما يكون الضرر العام متعينا عند هذا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل الالم لا يلزم الدية اذا اصيب مسلم مع قوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر اجيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لان الفرض لا يقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزره القاضي او حده انه لا دية فيه لان القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة والا امتنع عن الاقامة بخلاف المضطر حالة المخمصة لانه لا يمتنع عن الاكل مخافة الضمان لان في الامتناع هلاك نفسه والضمان اخف عليه من هلاكها فلا يمتنع اما الجهاد فمبني على اتلاف

قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوما يوفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة فأما الشواب فمقامهن في البيوت أدفع للفتنة ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ل

نفسه فيمتنع عداره واعلم أن المذهب عندنا في المضطر أنه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة إلى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان **قوله** ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف منهم لما قال المص وهو التأويل الصحيح لقوله عم لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو وهذا الحديث رواه الستة إلا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التأويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الإسلام عن أبي الحسن القمي والصدر الشهيد عن الطحاوي أن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كيلا تنقطع عن أيدي الناس وأما اليوم فلا يكره إذ التأويل الصحيح ما ذكره المص وهو منقول عن مالك راوي الحديث فإن أبا داود وابن ماجه زاد بعد قوله إلى أرض العدو وقال مالك أرى ذلك مخافة أن يناله العدو والحق أنها من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان ينهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن يناله العدو وأخرجه مسلم عن أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فإني لا آمن أن يناله العدو وفي رواية لمسلم فإني أخاف وكذا حكم القرطبي والنووي أنها من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلطا من زعم أنها من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله أو شك في سماعه إياها وفي فتاوى قاضيخان قال أبو حنيفة أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف وفي المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى كأن المراد من شأنهم ذلك وإلا فقد لا يكمنون وكأنه مأخوذ من السري وهو السير ليلا فكان الأولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره إخراجه فيما ليس كذلك فإن الانتقال من العسكر العظيم إلى السرية طفرة كبيرة ليست لمناسبة والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس إلا العسكر العظيم وينبغي كونه اثني عشر ألفا لما روي أنه عم قال لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وهو أكثر ما روي فيه هذا باعتباره أحوط هذا مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب مالك إطلاق المنع أخذا بإطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش والسرايا عملا بإطلاق النص وهو وإن كان نيل العدو له في الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بمظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه وذلك أن حمله لا يكون إلا ممن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه كذلك ذكره في المحيط معزوا إلى السير الكبير فكتب الحديث أولى ثم الأولى في إخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقي دون الشواب ولو احتيج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلوة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين **قوله** ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى إلا أن يهجم العدو على ما تقدم **قوله** ينبغي للمسلمين أي يحرم عليهم أن يغدروا أو يغلوا أو يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد **قوله** لقوله عليه الصلوة والسلام لا تغلوا

ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امراة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت

الخ تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلوة والسلام ولا تمثلوا اي المثلة يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت اذا نكلت به بوزن نصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المص والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين ان ذلك قبل ان تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس رض ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال ابو الفتح اليعمري في سيرته من الناس من ابى ذلك الى ان قال وليس فيها يعني اية الحرابة اكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الاية واما من زاد على الحرابة جنايات آخر كما فعل هؤلاء كما ذكر ابن سعد في خبرهم انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينه حتى مات فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم اعينهم لانهم سملوا اعين الرعاء ولو ان شخصا جنى على قوم جنايات في اعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذي حصل له من المثلة وقال وذكر البغوي في سبب نزولها يعني اية الجزاء سببا اخر واذا اختلفت في سبب نزول الآية اقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول ان المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثله لا تحل الا انها منسوخة لم تشرع اولا الا ان ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ولا شك ان قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها اما ان يكون متاخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها او لا يدرى فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح احدهما اقتضى الحكم بنسخ الاخر ورواية انس صريح فيه واما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع انف رجل واذني رجل وفقأ عيني اخر وقطع يدي اخر ورجلي اخر فلا شك انه يجب القصاص لكل واحد اذا الحقه لكنه يجب ان يستأنى بكل قصاص بعد الذي قبله الى ان يبرأ منه ويصير هذا الرجل ممثلا به اي مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر اثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ ان يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى ان هذا بعد الظفر والنصر اما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع اذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم ينته فضرب فقطع انفه ويده ونحو ذلك قوله ولا تقتلوا امراة ولا صبيا اخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر رض ان امراة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان واخرج ابو داود عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا بسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذلك واما معارضته بما اخرج ابو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم فاضعف منه ثم هو على اصول كثيرة من الناس لا معارضة بل يجب ان يخص الشيوخ بغير الفاني فان المذكور في ذلك الحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهر ما اخرج الستة عن الصعب بن جثامة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلوة والسلام

قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحراب او تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتل المجنون لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح

منهم وفي لفظ هم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السوال وهم المبيتون وذلك ان فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الصغار بانفسهم لان التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى في عرفنا بالكبسة وما اظن الا ان حرمة قتل النساء والصبيان اجماع فاما الحديث الذي ذكره المصنف انه عليه الصلوة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه ابو داؤد والنسائي عن ابن الوليد الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صيفي حدثني ابي عن جده رباح بن الربيع بن صيفي قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر علام اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد من ث فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتل امرأة ولا عسيفا واخرجه النسائي ايضا وابن ماجة عن المغيرة بن عبد الرحمن عن ابي الزناد عن المرقع وكذا احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وفي لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن ابي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر وهاء الثانية للسكت واذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت هذه تقاتل فيثبت ما قلنا من انه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ومنع قتل النساء والصبيان واما ليس الشق ونحوه فيبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة اخرى للقتل هو لا ووجه المراد بقول المصنف والحجة عليه اي على الشافعي بما بيناه يعني من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الالزام على احد القولين له فانه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعي الايدي والارجل قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال احمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروي عنه عليه الصلوة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد في رواية وذكرنا ما ذكرنا من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه وعن ابي بكر انه اوصى يزيد بن ابي سفيان الزمنى حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وانت تعلم ان قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمي والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفاني ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيه خبر فكيف منهم ما سمعت بل ما قدمنا من ان النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما يرجع اليه واما حديث الشيوخ فتقدم انه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن ارطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا المجانين على اصولهم واما قول المصنف صح انه عليه الصلوة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب في المسبب قال في المغربين وفي الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اي امرأة ولا اجيرا ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره في الذخيرة وزاد الشيخ ابو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي انه اذا كان كامل العقل نقتله ومثله يقتل اذا ارتد والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا اذا ارتد قال واما الرهبان فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلاء ويقتلهم ايضا اذا ارتدوا انتهى ولا يقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ويقتل اقطع اليد اليسرى او احدى الرجلين وان لم يقاتل قوله الا ان يكون احد هؤلاء استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف في هذا الاحكام وصح امره عليه الصلوة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما او اكثر فقد عمي اتي به في جيش هوازن للرأي

ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه
فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا
بقتله فلا بأس به لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله اعلم

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها
وتوكل على الله ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه
وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به

لانه لا يقتل من قاتل من كل من قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة الا ان الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما اما غيرهما من النساء
والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في قتل الملك
كسر شوكتهم وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيس والذي
يجن ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم تقاتل **قوله** ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين او جده او امه اذا قاتلت او جدته بالقتل لقوله تعالى
وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم الآية ولانه يجب عليه
الانفاق لاحيائه فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه اي ادرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله امتنع الابن على الاب
بغير القتل بل يشغله بالمجادلة بان يعرقب فرسه او يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي ان ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل
يلجئه الى ان يفعل ما ذكرنا ولا يدعه ان يهرب الى ان يجيء من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان
مسلما اراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا اولى ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن ما يكفي
لنجاة احدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي انه لو سمع اباه المشرك يذكر الله ورسوله بسوء ان يكون له قتله لما روي ان ابا عبيدة
بن الجراح قتل اباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه
المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال مباح قتلهم ولا مناقضة لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب للمسلمين منهم بخلاف القرابات
البغاة يكره ان يتبدأهم كالاب واما في الرجم اذا كان الابن احد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة
باب الموادعة ومن يجوز امانه الموادعة المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فاخره عن الجهاد صورة
ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي
ممن لم يوجد منه اصلا ويثاب على ذلك وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال
قوله واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم بمال وبلا مال وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم
فاجنح لها وتوكل على الله الآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة المسلمين في ذلك بآية اخرى هي قوله تعالى
فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم بكسر السين وفتحها مع سكون اللام
وفتحها ومنه قوله تعالى ولا تقولوا لمن القى اليكم السلم ومقتضى الاصول انها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها اي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة
او المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم تعلم ترجح مقتضى المنع اعني آية فلا تهنوا كما هو القواعد في تقديم المحرم واما حديث موادعته
عليه الصلوة والسلام اهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند اصحاب المغازي انها سنتان كذا ذكره
معتمر بن سليمان عن ابيه وليس بلازم لان الحاصل ان اهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة
انها كانت سنتين اخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين الى ان نقض المشركون
عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة واما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فينبغي ان يكون المحفوظ ما رواه

ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع
نبذ اليهم الامام وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك
الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك
بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان
ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون
نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم
غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى

محمد بن اسحق وهو عشر سنين انتهى وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير ان يتعقبه ورواه ابو داود من
حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم انهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يامن
فيها الناس وعلى ان بيننا عيبة مكفوفة وانه لا اسلال ولا اغلال ورواه احمد في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن هارون انبانا ابن
اسحق فساقه الى ان قال على وضع الحرب عشر سنين يامن فيها الناس ويكف بعضهم بعضا وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثني
ابن ابي سبرة عن اسحق بن عبد الله بن ابي فروة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية الى ان قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه
الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على ان سبب الفتح كان نقض قريش العهد
حيث اعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في مدة الصلح فيرفع الخلاف ظاهرا بان مراد من
قال سنتين ان بقاءه سنتين ومن قال عشرا قال انه عقده عشرا كما رواه كذلك فانه لا تنافي بينهما ح والله سبحانه اعلم قوله ولا يقتصر الحكم
وهو جواز الموادعة على المدة المذكورة وهو عشر سنين لتعدي المعنى الذي به علل جوازها وهو حاجة المسلمين او ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون باكثر
بخلاف ما اذا لم تكن الموادعة او المدة المسماة خيرا للمسلمين فانه لا يجوز لانه ترك للجهاد صورة ومعنى والمبيح لا باعتبار انه جهاد وذلك انما يتحقق
اذا كان خيرا للمسلمين والا فهو ترك للمامور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه اكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو
قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشفت محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها
من المسلمين لما قاربوهم وخالطوهم قوله وان صالحهم مدة ثم راى ان نقض الصلح انفع نبذ اليهم اي القى اليهم عهدهم وذلك بان يعلمهم
انه رجع عما وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الآية انه مقيد
بخوف الخيانة وهو مثل ان علمتم فيهم خيرا في الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على انه لا يتقيد بحضور الخوف
لان المصالحة في الاول ما صحت الا لانها انفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات نحو ما صح
في البخاري عنه عليه الصلوة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص اربع خصال من كن فيه كان منافقا خالصا اذا حدث كذب
واذا وعد اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر وروى ابو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى
اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس او برذون وهو يقول الله اكبر الله اكبر وفاء لا غدر فنظر فاذا هو عمرو بن عبسة فارسل اليه معاوية
فساله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة ولا يحلها حتى ينقضي امدها او ينبذ اليهم على سواء
فرجع معاوية بالناس ورواه احمد وابن حبان وابن ابي شيبة وغيرهم واما ما ذكره المص من قوله عليه الصلوة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في
كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا وما استدل له بانه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة فلا يليق انه جعل دليلا
فيما ياتي من قوله وان بدؤا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه وكذا اذا دخل
جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معهم من الذراري الا ان يكون باذن ملكهم
فيكون نقضا في حق الكل ولو لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه عم لم ينبذ الى اهل مكة بل هم بدؤا بالغدر

ملفوفة نسخة

سنتان

وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب أن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لأنه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لأنه في معنى الجزية أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لأنه مأخوذ بالقهر معنى وأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في إسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبين ولو أخذه لم يرده لأنه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعل الإمام لما فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بأهل الإسلام إلا إذا خاف الهلاك لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن

قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبذ إليهم بل سأل الله أن يعمي عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور بجميع أصحاب السير والمغازي وممن تلقى القصة ورواها كما في حديث ابن إسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة والثمانية عشر شهرا ثم إن بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة فقالت قريش هذا الليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد فأعانوا بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبره الخبر فلما قدم عليه أنشده لاهم إني ناشد محمدا ✽ حلف أبينا وأبيه الأتلدا ✽ إن قريشا أخلفوك الموعدا ✽ ونقضوا ميثاقك المؤكدا ✽ هم بيتونا بالوتير هجدا ✽ فقتلونا ركعا وسجدا ✽ فانصر رسول الله نصرا أعتدا ✽ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمي على قريش خبرهم حتى يبغتهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وأن أبا بكر قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم يكن بينك وبينهم مدة قال ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن أبي شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثير في كتاب المغازي وفيه فقال أبو بكر يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ألم يكن بيننا وبينهم مدة فقال إنهم غدروا ونقضوا العهد فأنا غازيهم ثم في النبذ لا يكفي مجرد إعلامهم بل لا بد من مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ولا يجوز أن يغار على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة **قوله** وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ المسلمون على ذلك مالا جاز لأنه لما جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعا أولى إلا أن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما إذا لم يكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل يعني قوله لأنه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه يشبه الأجر يعني في مسألة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي أن الموادعة تجوز وأخذ المال لا يجوز إذا كان بال المسلمين كثيرا غير أنهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لأن ذلك كله جهاد وفي أخذ أموالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد لا أجرة على الترك وباعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية وإن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي لأنه مأخوذ منهم قهرا معنى وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ومعلوم أن ذلك إذا غلبوا على بلدة وصار دارهم دار الحرب وإلا فلا لأن فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسألة في مختصر الكرخي لقوله غلب المرتدون على دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لأنه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله لما نبين يعني في باب الجزية ومع هذا لو أخذه لا يرده عليهم لأن مالهم فيء للمسلمين إذا ظهروا بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرد عليهم بعدما وضعت الحرب أوزارها لأنه ليس فيئا إلا أنه لا يرده حال الحرب لأنه إعانة لهم **قوله** ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية أي النقيصة ومن ذلك قول عمر لأبي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجانفا عن الصلح أليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر بلى قال ألسنا بالمسلمين قال بلى قال أوليسوا

ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم

بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له ابو بكر الزم غرزه فاني اشهد انه رسول الله فقال عمر وانا اشهد انه رسول الله وذكره ابن اسحق في السير وفي الحديث ليس لمؤمن ان يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين الا اذا خاف الامام الهلاك على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق ارسل الى عيينة بن حصن والحرث بن عوف بن ابي حارثة المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على ان يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله امر تحبه فتصنعه ام شيئا امرك الله به لا بد لنا من العمل به ام شيئا تصنعه لنا قال بل شيء اصنعه لكم والله ما اصنع ذلك الا لاني رايت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت ان اكسر عنكم من شوكتهم الى امر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون ان ياكلوا منها ثمرة الا شراء او بيعا افحين اكرمنا الله بالاسلام وهدانا له واعزنا بك وبه نعطيهم اموالنا ما لنا بهذا من حاجة والله لا نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن اسحق حدثني به عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا اتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعلل المصنف بقوله لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو اكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح ان يرد اليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاء مسلما منهم وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حتى جاء ابو جندل بن عمرو بن سهيل وقد كان اسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين ارد الى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له عليه الصلوة والسلام اصبر يا ابا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد ابا بصير واما لو شرط مثله في النساء لا يجوز ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربي المهر هل يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك واحمد وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال ايضا اذ لا فرق بين الرجال والنساء في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم اكثر وحين شرع ذلك كان في قوم من اسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان كل قبيلة لا تعرض لمن فعل ذلك من قبيلة اخرى انما يتولى رده عشيرته وهم لا يبلغون فيه اكثر من القيد والسب والاهانة وقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل ابي بصير وابي جندل ابن سهيل بن عمرو الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر على خلاف ذلك **قوله** ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب اذا حضروا مستامنين ولا تجهز اليهم مع التجار الى دار الحرب لانه عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله القبطي عن ابي رجاء عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب انه موقوف اخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب القرقسائي وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدي هو عندي لا باس به

لا اتهمه

ارادّ

ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

ونقل عن احمد نحو ذلك قال المصنف ولان فيه اي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع اي الخيل لا فرق في ذلك ما قبل الموادعة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء او النقض قال وهو القياس في الطعام اي القياس فيه ان يمنع من حمله الى دار الحرب لان به التقوي على كل شيء وهو المقصود باضعافهم الا انا عرفناه اي نقل الطعام اليهم بالنص يعني حديث ثمامة وحديث اسامة رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن ابي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له صبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا وآمنت به وايم الله الذي نفس ثمامة بيده لا ياتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى ياذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئلونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر انهم قالوا له صبأت فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى ياذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تامر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب عليه الصلوة والسلام اليه ان يخلي بينهم وبين الحمل واما بيع الحديد والسلاح فمنعه لهم لانه اصل السلاح وهو ظاهر الرواية قال الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير الى انه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح واما فيما لا تقاتل به الا بصنعة فلا باس به كما كرهنا بيع المزامير وابطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب باسا ولا ببيع الخشب وما اشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا فاما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره

فروع من المبسوط

طلب ملك منهم الذمة على ان يترك ان يحكم في اهل مملكته بما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي من يلزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له ارض فيها قوم من اهل مملكته هم عبيد يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحراز ولو اسلم كانوا عبيده فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد تاكدت بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على هذا الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر اموال اهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وكذا لو اسلم الملك واهل ارضه او اسلموا هم دونه هم عبيده ولو وادعوا على ان يؤدي كل سنة شيئا معلوما على ان لا يجري عليهم في بلادهم احكام المسلمين لا يفعل ذلك الا ان يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون احكام الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وترك القتال مع اهل الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا للمسلمين ثم اذا فعل ذلك ان كان بعد ما احاط بهم الجيش او قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على ان يؤدوا اليهم كل سنة مائة راس من انفسهم واولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم وكانوا كلهم مستامنين فلا استرقاق لمستامنين لا يجوز الا ترى ان واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فلذلك لا يجوز تمليك شيء من نفوسهم واولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تاكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة راس باعيانهم اول السنة وقالوا

فصل اذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح **قال** الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام الامان لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذورا ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين **قال** ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح

امنونا على ان نهو لار لكم ونقضا الحكم ثلاث سنين مستقبلة على ان نعطيكم كل سنة مائة راس من رقيقنا فانه جائز لان معينين في السنة الاولى لانتنا ولهم الموادعة ومنها يثبت الامان لهم فاذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم اياهم عوضا للمسلمين صاروا مماليك للمسلمين بالموادعة والمشروط في السنين الكائنة بعد الموادعة ارقاء فجاز ولو سرق مسلم مستامن مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لان مال المستامن لا يملك بالسرقة لانه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو اغار قوم من اهل الحرب على اهل الصلح جاز ان نشتري منهم ما اخذوه من اموالهم لانهم ملكوها بالاحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم رد شيء من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم اهل حرب اذ لم ينقادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب اخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه في امان المسلمين

فصل في الامان وهو نوع من الموادعة في التحقيق **قوله** واذا امن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم على اسناد المصدر الى المفعول ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم اي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع ويسعى بذمتهم ادناهم اخرج ابو داود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويرد عليهم اقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى يرد عليهم اقصاهم اي يرد الابعد منهم التبعة عليهم وذلك ان العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتطع الامام منهم سرايا ووجهها للاغارة فما غنمته جعل لها ما سمى ويرد ما بقي لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل في دار الحرب واخذ المال واما قوله وهم يد الى آخره اي كانهم آلة واحدة منع سواهم من الملك كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليه لكن رواه ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويجير عليهم اقصاهم وهم يد الحديث ففسر الرد في ذلك الحديث بالاجارة فالمعنى يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو في الصحيحين عن علي قال ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما في هذه الصحيفة قال عليه الصلاة والسلام المدينة حرم فمن احدث فيها حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم فمن اخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا واخرج البخاري ايضا من حديث انس ومسلم من حديث ابي هريرة ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذ اخرجه من حديث علي من جهة ابي داود والواقع ان الشيخين اخرجاه غلط فان ما في الصحيحين ليس فيه يتكافؤ دماؤهم وهو يريد ان يخرج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف ادناهم باقلهم في العدد وهو الواحد احترازا عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سياتي وليس بلازم اذ على هذا التفسير ايضا فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الادنى في معنى الواحد فانه يتناول الواحد حرا وعبدا وقد ثبت في امان المرأة احاديث منها حديث ام هانئ في الصحيحين عنها قالت يا رسول الله زعم ابن امي علي انه قاتل رجلا قد اجرته فلان بن فلان فقال عليه الصلاة والسلام قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت ورواه الازرقي من طريق الواقدي عن ابن ابي ذئب عن المقبري عن ابي مرة مولى عقيل عن ام هانئ بنت ابي طالب رضي الله عنها قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني اجرت حموين لي من المشركين فاراد هذا ان يقتلهما فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان اللذان اجارتهما ام هانئ

ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يأذن له مولاه في القتال وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعي رحمه الله وأبو يوسف رحمه الله معه في رواية ومع أبي حنيفة رحمه الله في رواية لمحمد قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواه أبو موسى الأشعري رضي الله عنه ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الأمان والإيمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة وإنما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولأبي حنيفة رحمه الله أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الأمان محله بخلاف المأذون له في القتال لأن الخوف منه متحقق ولأنه إنما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والأمان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لأنه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لأنه رضي بعيب الخطأ ولأن المدافعة القتال بخلاف المؤبد لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه ولأنه مقابل بالجزية ولأنه مفروض عند مسألتهم ذلك وإسقاط الفرض نفع

عبد الله بن أبي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه أبو داود حدثنا عثمان بن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت إن كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي باب أمان المرأة حدثنا يحيى بن أكثم إلى أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن المرأة لتأخذ للقوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في علله الكبرى سألت محمد بن إسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد هو في السند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من أبي هريرة ومنها حديث إجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص فقال عليه الصلوة والسلام ألا وإنه يجير على المسلمين أدناهم رواه الطبراني بطوله قال المصنف ولأنه من أهل القتال أي الواحد ذكرا أو أنثى فإنهما أهل للتسبب بمالها وعبيدها فيخاف منه فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله أي محل الأمان وهو الكافر الخائف وإذا صدر التصرف من أهله في محله نفذ ثم يتعدى إلى غيره أي غير المجير من المسلمين وأما قوله ولأن سببه لا يتجزى إلى آخره فيصلح تعليلا للنفاذ والتعدي فإن ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الأمان بالنسبة إلى المؤمن فأما تعديه إلى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل وما ذكر من عدم التجزي يصلح دليلا له فإنه لما لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لأنه بعض أمان الكل واستدل على عدم تجزيه بأن سببه وهو الإيمان لا يتجزى فكذا الأمان وفسر بالتصديق الذي هو ضد الكفر وبعضهم بإعطاء الأمان لأنه يقال أمنته فأمن أي أعطيته الأمان فأمن ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فأمن الكافر أي حصل له الأمان وهذا إنما يتم إذا كان السبب علة وهو مجاز فإن حقيقته السبب المفضي ولا يلزم من وجوده الوجود ولا شك أن الإيمان بالله ورسوله سبب مفض إلى أمان الحربي بإعطاء المسلم إياه له فالحق أن كلا منهما يصلح الأمان أي إعطاء الأمان سبب للأمان بمعنى علته لا يتجزى فلا يتجزى الأمان والإيمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للأمان لا يتجزى فلا يتجزى الأمان وصار كولاية الإنكاح إذا زوج أحد الأولياء المستوين نفذ على الكل واعلم أن كونها لا يتجزى إنما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل إذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله إلا إذا كان في ذلك أي أمان الواحد مفسدة فينبذ إليهم كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى وأما قوله ولو حاصر الإمام حصنا فأمن واحد من الناس إلى آخره فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبني عليه قوله ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه بخلاف ما إذا كان فيه نظر لا يؤدبه لأنه ربما فعل ذلك مخافة أن تفوت المصلحة بالتأخير إلى أن يعلم الإمام بها ويؤدي من هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وإنما يقال الافتيات للسبق إلى الشيء دون ائتمار من ينبغي أن يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس أي سبقني فأصله افتوات قلبت الواو ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضي أن يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه مصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه قوله ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وأيضا لا ولاية لكافر على مسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والأمان من باب الولاية لأنه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم في دار الحرب لأنهما مقهوران تحت أيديهم والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة لأنه كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح باب الفتح قوله ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لم يصح أمانه لما بينا من أن الأمان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيما في دارهم لا منعة له ولا قوة دفاع قوله ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة إلا أن يأذن له

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وإن كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق

له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف في رواية لإطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم أدناهم ولما روي عن أبي موسى الأشعري من قوله عليه الصلاة والسلام أمان العبد أمان ولأنه مؤمن ممتنع أي له قوة يمتنع بها وبغيره فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤبد من الأمان وهو عقد الذمة فإن العبد المحجور إذا عقد الذمة لأهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة فهذا وهو المؤقت من الذمة أولى بالصحة وهذا لأن ذلك تمام المؤثر في صحة الأمان إلا الإيمان فإنه شرط للعبادات والجهاد من أعظمها وأما اعتبار الامتناع فلتحقق إزالة الخوف وبذلك تحقيق المؤثر الجامع بين الأصل والفرع وهو إعزاز الدين وإقامة مصلحة المسلمين إذ الكلام في مثل هذه الحالة لا فيما لا مصلحة فيه وإنما لا يملك المسايفة أي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوت بأن يقتل وهذا المانع إنما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه إعطاء الأمان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المأذون في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه ولأبي حنيفة ومالك في رواية سحنون عنه أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاق الأمان محله وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر وهو الإعزاز لأنه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة لأن الظاهر أنه يخطئ لأن معرفة المصلحة في الأمان إنما يقوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لأنه أدرى بالأمر من غير المحاربين له وفي خطائه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا بخلاف العبد المأذون وبخلاف الأمان المؤبد لإعطاء الجزية لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إلى الإسلام ولكل مسلم عبد أو حر ذلك لأنه مقابل بالجزية فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه لأنه مفروض عند مسألتهم لأن الله تعالى غيا قتالهم بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم إسقاط الفرض عن الإمام وعن عامة المسلمين وهو لذلك يقع محقق فافترقا واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين قياس أمان المحجور على أمان المأذون في القتال وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك أن فرق أبي حنيفة في الثاني متجه وأما دفعه القياس الأول فلا فإنه إن فرق بأنه لا يخاف منه والآخر يخاف فالظاهر أن ذلك بالنسبة إلى أهل الحرب غير معلوم فإنهم لا يعرفون المأذون له فيتخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من أقام مع المسلمين سوى البينة فهو مخوف لهم وأما بأن الظاهر خطأوه في المصلحة فلا أثر له لأن الأمان غير لازم إذا لم تكن فيه مصلحة بل إذا كان كذلك ينبذ إليهم الإمام نعم الاستدلال بالحديث المروي عن أبي موسى غير تام لأنه حيث لا يعرف فإن قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرناها شهرا حتى إذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستأمنوه فكتب إليهم أمانا ثم رمى به إليهم فلما رجعنا إليهم خرجوا إلينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم فقلنا ما شأنكم فقالوا أمنتمونا وأخرجوا إلينا السهم فيه كتاب بأمانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بأمان فكتبنا إلى عمر فكتب أن العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم ورواه ابن أبي شيبة وزاد فأجاز عمر أمانه فالجواب أنها واقعة حال فيجوز كونه مأذونا له في القتال وأيضا جاز كونه محجورا لأن ما كان عقد ذمة وأنه يصح منه والله أعلم إلا أن إطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي إباحته مطلقا وهذا الحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله وإن أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح بإجماع الأئمة الأربعة كالمجنون

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اى قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر

وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف بين اصحابنا لا يصح عند ابى حنيفة ويصح عند محمد وبقول ابى حنيفة قال الشافعى واحمد في وجه لان قوله غير معتبر لطلاقه وعتاقه وبقول محمد قال مالك واحمد وان كان ماذونا له فى القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق بين اصحابنا وبه قال مالك واحمد ولانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبى الماذون والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه واضاف ابا يوسف الى ابى حنيفة فى السير الكبير فى عدم الصحة وانما قال المصنف والاصح والله اعلم لانه اطلق المنع فى الصبى المراهق عن ابى حنيفة كما نقله الناطفى فى الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذى راهق الحلم وهو يعقل الاسلام وانه ثم قال وهذا قوله فاما عند ابى حنيفة وابى يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق فى كفاية البيهقى فقال لا يجوز امان الصبى المراهق ما لم يبلغ عند ابى حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا المختلط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجرى الخلاف فى الصبى مطلقا قال المصنف والاصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال او ماذونا له فيه ففى الثانى لا خلاف فى صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قولك للحربى لا تخف ولا توجل او مترس او لكم عهد الله او ذمة الله تعالى فاسمع الكلام ذكره فى السير وقال الناطفى فى الملابس سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول

محمد رحمة الله عليهم اجمعين

باب الغنائم وقسمتها لما ذكر قتال الكفار ذكر ما ينتهى من المواد عنه ذكر ما ينتهى اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس والاموال وانما كان ذلك غالبا لاستقراء تائيد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم فى الاكثر قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز فى الواو ما قدمناه فى قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضده لان منه عنى يعنى عنوة اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحى القيوم والمعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوى عنوة اى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وقع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا فى الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الاخبارات على ان يراد معنى المذكور لا لذاته لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة ككثير الرماد ولو اراد به نفسه الجود كان مجازا من المسبب فى السبب والوجه انه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه اى البلد بين الغانمين مع رؤس اهلها استرقاقا واموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء قتل مقاتليهم وقسم ما سواهم من الاراضى والاموال والذرارى ووضع على الاراضى المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وارضهم واموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على ارضهم من غير نظر الى الماء الذى يسقى به انه ماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والآبار او ماء الخراج كالانهار التى شقها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر واما المن عليهم برقابهم وارضهم فقط فمكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على انفسهم وعلى الاراضى الى ان تخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق واما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض او برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يبقيهم احرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعى والاعمال وله ان يقتلهم وله ان يسترقهم

وإن شاء أقر أهلها عليها ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار أما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد به الشرع فيه

كما سيذكر هذا وقد قيل الأولى الأول وهي قسمة الأراضي وغيرها إذا كان بالمسلمين حاجة والثاني عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الأرض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر أما في البخاري عن زيد بن أسلم عن أبيه قال قال عمر رضي الله عنه لولا آخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطأ أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر رضي الله عنه يقول لولا أن يترك آخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية إلا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر هذا أنه قسمها كلها والذي في أبي داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما وأخرج أيضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني أعطى لكل مائة رجل سهما وكان لها ثمان مائة سهما وسيأتي أن رجال غزوة خيبر ألف وأربعمائة والخيل مائتان في رواية كان الجيش ألفا وخمسمائة منهم ثلث مائة فارس فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل يعني صاحبه سهما وستجيء بيانها وكذلك في رواية البيهقي وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن نزل به من الوفود والأمور ونوائب المسلمين وحاصل هذا أنه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكر من طريق آخر بين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الأموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد أبو عبيد في كتاب الأموال فعاملهم بالنصف ما يخرج منها فلم يزل على ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر حتى كان عمر فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل فأجلى عمر رضي الله عنه اليهود إلى الشام وقسم الأموال بين المسلمين إلى اليوم وقد اختلف أصحاب المغازي في أن خيبر فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحا وصحح أبو عمر بن عبد البر الأول وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر وقال فإنما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمهما أهلهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم كما روي أنه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى أيقنوا بالهلاك سألوه أن يسيرهم وأن يحقن لهم دماءهم ففعل فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الأموال وجميع الحصون إلا ما كان من ذينك الحصنين إلى أن قال فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح ولعمري إنه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا أرضهم إلا بالحصار والقتال وكان حكمها حكم سائر أرض خيبر كلها عنوة مقسومة بين أهلها إلى أن قال ولو كان صلحا لملكها أهلها كما يملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن إسحق عن الزهري أي أنها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه انتهى **قوله فإن شاء أقر أهلها** إلى قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق لا شك في إقرار عمر رضي الله عنه أهل السواد ووضع الخراج على أراضيهم على كل جريب عامر أو غامر عمله صاحبه أو لم يعمله درهما وقفيزا وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما فحمل في أول سنة إلى عمر رضي الله عنه ثمانون ألف ألف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرين ألف ألف درهم إلا أن في المشهور عن أصحاب الشافعي أنها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لأهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخصها بأهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على أهلها بخراج يؤدونه كل سنة وقال ابن سريج باعها من أهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي أن السواد فتح عنوة وأن عمر رضي الله عنه فعل ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ما أفاء الله على رسوله إلى قوله والذين جاؤوا من بعدهم الغنيمة لله ولرسوله والذين جاؤوا من بعدهم وإنما يكون لهم بالمن بوضع الخراج

وفي العقار خلاف الشافعي رح لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم اصلا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع انه يحظى به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقول ما يمكنهم العمل ليخرج عن حد الكراهة **قال** وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد

والجزية ولما حضر هذه الآية ولم يخالفه احد الا نفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن ابي هريرة رض فدعا عمر رض على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه قال في المبسوط فلم يحل الحول وانهم سوا رجعوا الى رايه ويدل على ان قسمة الاراضي ليس حتما ان مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم ارضها و لهذا ذهب مالك الى ان بمجرد الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو اوردي بالاخبار والآثار وادعواهم ان مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها الا ترى انه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلوة والسلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق بابه عليه فهو امن ولو كان صلحا لامنوا كلهم به بلا حاجة الى ذلك ولما ثبت من اجارة ام هانئ من اجارته وقد افتتها عليا عن قتله وامره عليه الصلوة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة واظهر من هذا كله قوله عليه الصلوة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان احد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا ان الله اذن لرسوله ولم ياذن لكم فقوله لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك **قوله** وفي العقار خلاف الشافعي رح فعنده يقسم الكل لان في المن بالارض ابطال حق الغانمين على قولكم او ملكهم على قولي فلا يجوز للامام ذلك بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته بالنسبة الى رقبة الارض بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه من فعل عمر رض مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بمخالفة بلال ومن معه اجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل ان عمر دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف ولان فيه نظرا للمسلمين لانهم يصيرون كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى مع انه يحظى به الذين ياتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا فربما تحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض **قوله** وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم يعني اذا لم يسلموا لانه عليه الصلوة والسلام قد قتل من الاسرى اذ لا شك في قتله عقبة بن ابي معيط من اسارى بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه اخته قتيلة الابيات التي منها * يا راكبا ان الاثيل مظنة * من صبح خامسة وانت موفق * ابلغ بها ميتا بان تحية * ما ان تزال بها الركائب تخفق * مني اليك وعبرة مسفوحة * جادت بواكفها واخرى تخنق * الابيات لقتيلة بنت عدي وهو اخو المطعم بن عدي واما ما قال هشيم انه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك كيف وهو عليه الصلوة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا فشفع في هؤلاء النتنى ولان في قتلهم حسم مادة الفساد الكائن منهم بالكلية وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة ان يقتل اسيرا بنفسه لان الراي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقهم فليس له ان يفتات عليه وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بان خاف القاتل شر الاسير كان له ان يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيئا وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من ان عمر رض فعل ذلك في اهل السواد **قوله** الا مشركي العرب والمرتدين يعني اذا اسروا فان الكلام في الاسارى وتحقيق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا على ما نبين ان شاء الله تعالى في باب الجزية من انه لا يقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل اما الاسلام واما السيف فان اسلم الاسارى بعد الاسر لا يقتلهم لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب بخلاف ما لو اسلموا قبل الاخذ لا يسترقون ويكونون احرارا لانه اسلام قبل

ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين وهو قول الشافعي رحمه الله لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة الكفرة لأنه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الأسير المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بيناه وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه قال ولا يجوز المن عليهم أي على الأسارى خلافا للشافعي رحمه الله فإنه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الأسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه بالأسر والقهر يثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا

انعقاد سبب الملك فيهم قوله ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة هذه إحدى الروايتين عنه وعليها مشى القدوري وصاحب الهداية وعن أبي حنيفة أنه يفادى بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد إلا بالنساء فإنه لا تجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم وهذه رواية السير الكبير قيل وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه رواية الكتاب ما ذكر أن فيه معونة الكفرة لأنه يعود حربا علينا ودفع شر حرابته خير من استنقاذ المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه فقط والضرر بدفع أسيرهم إليهم يعود على جماعة المسلمين ووجه الرواية الموافقة لقول العامة أن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر للانتفاع به لأن حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذي يعود إلينا بدفعه إليهم يدفعه ظاهر المسلم الذي يتخلص منهم لأنه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافآن ثم تبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغي زيادة ترجيح ثم إنه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرج مسلم في صحيحه وأبو داود والترمذي عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين وأخرج مسلم أيضا عن إياس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه خرجنا مع أبي بكر أمره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن قال فلقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال لي يا سلمة هب لي المرأة لله أبوك أعني التي كان أبو بكر نفله إياها فقلت هي لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة إلا أن هذا يخالف رأيهم فإنهم لا يفادون بالنساء فيبقى الأول قوله أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا في المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا وفي السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسارى بدر إذ لا شك في احتياج المسلمين بل في شدة حاجتهم إذ ذاك فليكن محمل المفاداة الكائنة في بدر بالمال وقد أنزل الله في شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض أي يكثر تقتيل أعداء الله ليشتد الأمر فينفيهم عنها تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة وقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق وهو أن لا يعذب أحدا قبل النهي ولم يكن نهاهم لمسكم فيما أخذتم من الغنائم والأسارى عذاب عظيم ثم أحلها لهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا أي المجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة فإن قيل لا شك أنه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما إذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة ورد تكسير المحاربين لا لأجل غرض دنيوي وفي الكشاف وغيره أن عمر رضي الله عنه كان أشار بقتلهم وأبو بكر بأخذ الفداء تقويا ورجاء أن يسلموا قال وروي أنهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رضي الله عنه عليه عليه الصلاة والسلام فإذا هو وأبو بكر يبكيان فسأله فقال أبكي على أصحابك في أخذهم الفداء لقد عرض علي عذابهم أدنى من هذه الشجرة قال وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجا منه غير عمر رضي الله عنه وسعد بن معاذ لقوله كان الإثخان في القتل أحب إلي والله أعلم بذلك قوله ولو أسلم الأسير وهو في أيدينا لا يفادى به لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه وهو مأمون على إسلامه فيجوز لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار المسلم الآخر قوله ولا يجوز المن على الأسارى وهو أن يطلقهم إلى دار الحرب بغير شيء خلافا للشافعي إذا رأى الإمام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد وجه قول الشافعي قوله تعالى فإما منا بعد وإما فداء ولأنه عليه الصلاة والسلام من على جماعة من أسارى بدر منهم العاص بن أبي الربيع على ما ذكره ابن إسحاق بسنده وأبو داود من طريقه إلى عائشة رضي

وإذا أراد الإمام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه وبخلاف العقر لأنه مثلة وتحرق الأسلحة أيضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطلع عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم

لما بعث أهل مكة في فداء أسرائهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة رضي الله عنها أدخلتها بها على أبي العاص حين بنى عليها فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لأصحابه إن رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا فقالوا نعم ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يخلي زينب إليه ففعل وذكر ابن إسحق ممن من عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الأنصاري فخلى سبيله وأبو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر عليه أحدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر فقال يا رسول الله أقلني فقال عليه الصلاة والسلام لا تمسح عارضيك بمكة بعدها تقول خدعت محمدا مرتين ثم أمر فضرب عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام في أسارى بدر لو كان المطعم بن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لأن لو لامتناع الشيء لامتناع غيره يعني ليفيد امتناع المن ولا يخفى على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب إخبار بأنه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بأن يكون المن جائزا فقد أخبر بأنه يطلقهم لو سأله إياهم والإطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه إلا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب وأجاب لهم بأنه منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فإنها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشأن وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال ذلك في حق غير الأسارى بدليل جواز الاسترقاق فيهم فعلم أن القتل المأمور به حتما في غيرهم قوله وإذا أراد الإمام العود ومعه مواشي أي من مواشي أهل الحرب فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها ثم أحرقها ولا يعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن أبي طالب فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشي أن ينال المشركون فرسه فلم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال أو كان قبل نسخ المثلة أو علمه بها ولا يتركها لهم وقال الشافعي وأحمد يتركها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة قلنا هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام نعم روي من قول أبي بكر نفسه رواه مالك في موطئه عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا إلى الشام فخرج يتبع يزيد بن أبي سفيان فقال إني أوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة ولا تحرقن ولا تخربن عامرا ولا تغرقن ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما إذا أمن الفتح وصيرورة البلاد دار الإسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث أبي بكر رضي الله عنه فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم أنه إذا كان كذلك فلا يحرق ولا يخرب لأنه إتلاف مال المسلمين ألا ترى إلى قوله ولا تحرق وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام غر على أبنى صباحا ثم حرق فبقي مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الأكل جائز لأنه غرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكتهم وتعريضهم على التهلكة والموت وإنما يحرق لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان والتحريق لهذا الغرض الكريم بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخاري عن أبي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا إن وجدتم فلانا وفلانا فأحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فإنه لا يعذب بها إلا الله ورواه البزار وسماهما هبار بن الأسود ونافع بن عبد القيس وطوله البيهقي وذكر أن السبب أنهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما في بطنها والقصة مفصلة عند ابن إسحق معروفة لأهل السيرة وذكر البخاري أيضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين أتي.

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك وأصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر

فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند ام الدرداء رض اذ اخذت برغوثا فرمته في النار فقالت سمعت ابا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا وتحريق الاسلحة ايضا وما لا يحرق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم وما في فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في ارض غامرة اي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لان النساء يقع بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو اشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا اسارى بعد الاستيلاء وقد اوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالاسارى خيرا حدث ابن اسحق عن نبيه بن وهب اخي بني عبد الدار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقبل بالاسارى فرقهم بين اصحابه وقال استوصوا بالاسارى خيرا فقال ابو عزيز مر بي اخي مصعب بن عمير ورجل من الانصار يأسرني فقال له شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت في رهط من الانصار حين اقبلوا بي من بدر فكانوا اذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز واكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز الا نفحني بها قال فاستحيي فاردها على احدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز ان يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة والله اعلم **قوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام** وقال الشافعي لا بأس بذلك اذا انهزم الكفار وعن ابي يوسف رح الاحب الي ان لا يقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخي وعنه ان لم يكن مع الامام حمولة يحملها عليها قسمها في دار الحرب واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت بالهزيمة ويبتنى عليه ان قسمة الامام هناك لا يفيد ملكا الا ان كان عن اجتهاد فانه امضى القضاء في فصل مجتهد فيه او كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى عنه واعلم ان حقيقة مذهبه ان الملك يثبت للغانم باحد امرين اما بالقسمة حيثما كان او باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسمة في دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو اعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعضه لعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك ويخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده لوطيه جارية مشتركة بينه وبين غيره لا بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة اخذها والا اخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يجد لثبوته سبب الملك فتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل قسمته عندنا وان تأكد الحق لان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأي الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات او العرافة فوقعت جارية بين اهل راية صح استيلاد احدهم لها وكذا اعتاقه لها لانها مشتركة بينه وبين اهل تلك الراية شركة ملك وعتق احد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة اما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا يثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة او اقل وقيل اربعون وفيه اقوال اخر قال في المبسوط والاولى ان لا يتوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك ومنها لو مات بعض الغزاة او قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة كراهة تنزيه عند محمد رحمه الله فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة

على التاكيد بالهزيمة حتى صح الملك و ان التاكيد يكفي للارث الا ترى انا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسمة للتاكد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط ويستدل على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما اتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية ان سلموا الثاني لم يسلموا الاول ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسمة شارك عندنا لا عنده للتاكد وعدمه وانما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك لهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا ارباب الاموال اذا اسلموا بعد اخذها قبل الاحراز لا يملكون شيئا منها بل هي من جملة الغزاة في القسمة وفي الاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره في النهاية ومعناه اذا لم يوخذوا فان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو اتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعض الاحراز بدار الاسلام يتاكد حق الملك ليستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة مع ما في المبسوط حيث قال واما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتاكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتاكد بالطلب ويتم بالملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض ووجه المعمول الشافعي بان سبب الملك تم بالهزيمة لان بها تحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر وبني المصطلق واوطاس في ديارهم ولنا منع ان السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة اي قدرة النقل والتصرف كيف شاؤا نقلا وادخالا وهذا منتف عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد الا ترى ان الدار مضافة اليهم فدل انه مقهور ما دام فيها نوعا من القهر بدليل ان له ان يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان ظاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان في دار الحرب كذا المراة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص بقوله عليه الصلوة والسلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله ولان ذلك يد على نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اول حدود الاسلام لان مكة فتحت وارض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجرى احكام الاسلام فيها وبهذا الان دار الحرب تصير دار الاسلام باجراء الاحكام وثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها مباحة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وانت اذا علمت ان الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على ان الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في ان القسمة هل توجب الملك في دار الحرب امكنك ان تجعل الدليل من الجانبين على ذلك تقريره للشافعي انه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم ان القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد واذا اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز اما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام

قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او لغيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافاً للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او بيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد

واما الحديث الذي ذكره وهو انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جداً ثم ذكر المصنف خلافاً في ان الخلاف في جواز القسمة قبل الاحراز او في كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطي ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها ربما يكاسلون في امر الحرب ربما يتفرقون وربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف هي كراهة تنزيه عند محمد فالافضل ان لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام وهذا المسئلة في ذوي المختلفة لا تكون الا لداع هي كراهة خلافه اوبطلانه والكراهة ادنى فيحمل عليه للتيقن به قيل ونقل الخلاف كذا وان كان في المبسوط غير جيد لانه لم يعرف خلاف عنهم الا ما روي عن ابي يوسف وهذا لان المسائل الافرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبلها مثل ما سياتي ان من مات من الغانمين لا يورث حقه من الغنيمة وانه لا يباع من ذلك لعلف ونحوه شيء ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة لقوله لان دليل البطلان اي لبطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها الا انه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق لم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام غير جار على القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح ان كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكونه له مخالف ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز له المجتهد النزول عن مقتضاه والا فكل خلافية من المسائل كذلك اذا لزم حكم البطلان فما موجب اثبات الكراهة والتحقق في سور الهرة لعدم تحاميها النجاسة لان دليل الحرمة اللحم الموجب لنجاسة السور عارضه شدة المخالطة ورجح عليها فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه الى دليل من شدة المخالطة ودليل الطهارة فقط فبقي الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة اما اذا تحققت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوها قسمها في دار الحرب **قوله** والردء اي العون والمقاتل اي المباشر للقتال مع الكفار وكذا امير العسكر سواء في الغنيمة لا يتميز واحد منهم على آخر بشيء وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق ونبين سببية ما سيأتي ان شاء الله تعالى **قوله** واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركهم اي المدد فيها وعن الشافعي فيه قولان وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من ان الملك لا يتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز ان يشاركهم المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد الا بثلاثة امور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد هذا وعلى ما حققناه لا يبنى تأكد الحق وعدمه وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن ابي هريرة رضي بعث عليه الصلوة والسلام ابانا على سرية قبل نجد فقدم ابان واصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم في خيبر بعدما فتحها الى ان قال فلم يقسم لهم لا دليل فيه لان وصول المدد في دار الاسلام لا يوجب شركة وخيبر صارت دار الاسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في دار الاسلام واما اسهامه لابي موسى الاشعري على ما في الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه انا واخوان لي انا اصغرهم احدهما ابو بردة والآخر ابو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالقتنا الى النجاشي فوافقنا جعفر بن ابي طالب واصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وامرنا بالاقامة فاقيموا معنا فاقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فتح خيبر

قال ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا وقال الشافعي يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال

وإذا لم يكن للإمام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لأن الحمولة والمحمول مالهم وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة لأنه مال المسلمين ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لأنه ابتداء إجارة وصار كما إذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته لأن الإرث يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما الملك بعده وقال الشافعي رحمه الله من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه

فأسهم لنا ولم يسهم لأحد غاب عن فتح خيبر إلا أصحاب سفينتنا قال ابن حبان إنما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة ونحوه عن الماتريدي أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها وحمل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فإنه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الإمداد قبل الحوز أو بعده لكونه بعد الفتح قوله ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة لا سهم ولا رضخ إلا أن يقاتلوا فيستحقون السهم وبه قال مالك وأحمد وللشافعي قولان أحدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعي بما روي عنه عليه السلام أنه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المص ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه ثنا وكيع ثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر فظهروا فأراد أهل البصرة أن لا يسهموا لأهل الكوفة فقال رجل من بني تميم أيها العبد الأجدع تريد أن تشاركنا في غنائمنا وكانت أذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خير أذني سببت ثم كتب إلى عمر فكتب عمر أن الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال هو صحيح من قول عمر وأخرج ابن عدي عن علي الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد إياه وكذا عند الكرخي من مشايخنا وعلى قول الآخرين تأويله أن يشهد على قصد القتال والوقعة هي القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال إنما يعرف بأحد أمرين بإظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذي تبنى عليه الأحكام أو بحقيقة قتاله بأن كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوقي وسائس الدواب فإن خروجه ظاهر لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده إذ لا دليل على قصد القتال فإذا قاتل ظهر أنه قصده غير أنه ضم إليه شيئا آخر كالتجارة في الحج لا ينقص به ثواب حجه وعلى كونه السبب ما قلنا فرع ما لو أسر في دار الحرب فأصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل أن يخرجوا شاركهم فيها وفي كل ما يصيبونه وإن لم يلقوا قتالا بعده ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد أصابوا غنائم لا يشاركهم إلا أن يلقوا قتالا بعده فيقاتل معهم لأنه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم لما كان قصده من اللحوق بهم الفرار فلا يستحق إلا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لأنه تبين أنه قصد باللحاق بهم القتال وكذا من أسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد إذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بأمان إذا لحق بالعسكر إن قاتلوا استحقوا وإلا فلا شيء لهم قوله وإذا لم يكن للإمام حمولة بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره فقسمها بينهم فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فيكون هذا القسمة بالاجتهاد فيصح وقيل قسمة إيداع إلى دار الإسلام ليستردها فيقسمها ثم على هذا أيكون بالأجرة وهل يكرههم على ذلك في السير الصغير لا يكرههم لأنه انتفاع بمال الغير لا لطلب من نفسه فهو كمن نفقت دابته في دار الإسلام ومع رفيقه دابة ليس له أن يحمل عليها كرها بأجرة المثل ابتداء تحملا بخلاف ما إذا انقضت مدة إجارة السفينة في وسط البحر أو البعير في البرية فإنه ينعقد بينهما إجارة بأجرة المثل جبرا وفي السير الكبير يكرههم لأنه دفع الضرر العام بالضرر الخاص لأن منفعتهم راجعة إليهم السهم والأجرة من الغنيمة والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة فيفعل هذا وإن لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فإنه يصح للحاجة وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجرة وقوله في المختصر أي القدوري قوله ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب لعدم الملك كما ذكرنا بقوله وقد بينا الأصل فيه وهذا في بيع الغزاة ظاهر وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوي أنه يصح لأنه مجتهد فيه يعني أنه لا بد أن يكون للإمام رأي المصلحة في ذلك فلا ينفك عن تخفيف إكراه وحمل الثمن أو عن البهائم ونحوه تخفيف مؤنة فيصح حين يبيع في المصلحة جبرا فلا يقع فينعقد بلا كراهة مطلقا قوله ومن مات من الغانمين تقدم تفريعا على عدم الملك قبل دار الإسلام

قال ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال العبد الضعيف أرسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الأخرى وجه الأولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الأخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه الحاجة فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة إلى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وإنما هو إباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين كانت للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى وهذا لأن حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فإنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين فإن احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم لأن الحاجة إليه من فضول الحوائج

وهو المراد بقوله وقد بيناه (قوله ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام) علف الدابة علفا من باب ضرب فهو معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا أن الموجود إما ما يؤكل أو لا وما يؤكل إما ما يتداوى به كالهليلج أو لا فالثاني ليس لهم استعماله إلا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك لا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثر الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده إلى الغنيمة إذا انقضى الحرب وكذا الثوب إذا ضره البرد يلبسه ثم يرده إذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها ولم يذكر محمد قسمة السلاح ولا فرق كما ذكر المصنف لأن الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم إذا احتيج إليه لأنه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستصحبه إلى دار الإسلام مشاة فإن لم يطيقوا أو ليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعني بالأجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لأحد تناوله وكذا الطيب والأدهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس في محل الحاجة إلى الفضول وقال عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والمخيط ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والخبز والزيت والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والأدهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الأكل والادهان بتلك الأدهان لأن الادهان انتفاع في البدن كالأكل ويوقحوا الدواب بها وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن إذا حفي من كثرة المشي والرائي ترقيح خطأ كذا في المغرب لكن الأصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الإصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ وفي الجمهرة رقح عيشه ترقيحا إذا أصلحه والتذكير ما رقح من عيشه حيث فيه يهيج ما نتج والهيج من الناس الذي لا نظام لهم فالترقيح أعم من الترقيح وكذا كل ما يكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلد إلى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الأئمة الثلاثة فيجوز لكل من الغني والفقير تناوله إلا التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذين دخلوا معه وينبغي أن يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبده لأن نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن يأخذه لأجله ولأن دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الأسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو السلاح والثياب بناء على حقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي أنبأنا علي بن محمد بن بشران أنبأنا أبو جعفر الرازي ثنا أحمد بن حنبل ثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضيل عن العباس عن عبد الرحمن الأشجعي عن أبي سفيان عن ابن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا وأخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الإطلاق يوافق رواية السير الكبير وأخرج أبو داود عن عبد الله بن أبي أوفى أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف وأخرج البيهقي عن هانئ بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر رضي الله عنه إنا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشيء من ذلك إلا بأمرك فكتب إليه دعهم يأكلون

قال ومن أسلم منهم معناه في دار الحرب أحرز بإسلامه نفسه لأن الإسلام ينافي ابتداء الاسترقاق وأولاده الصغار لأنهم مسلمين بإسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهو له ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه أو وديعة في يد مسلم أو ذمي لأنه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فإن ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لأنه في يده فصار كالمنقول ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله آخرا وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد رح تثبت

وليقاتلون لحسن ... شيئا بذ ... او بعضه نفسه من ... وسهام المسلمين هذا الدليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز أن يعتبر الثمن الخ ولا يبيعه لوقوف دال بالجواز ودا الثمن إلى الغنيمة لأنه عوض ... مشترك بين الغانمين فيستحقونه (قوله ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل إحداها أسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج إلينا حتى ظهرنا على الدار فالحكم فيها ما ذكر في الكتاب من أنه أحرز نفسه وأولاده الصغار وما كان في يده من المنقولات إلى آخر ما ذكرنا فيها ... ثم خرج إلينا ثم ظهرنا على الدار فجميع ما هناك فيء إلا أولاده الصغار لأنهم حين أسلم كانوا مسلمين تبعا له فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما أودع مسلما أو ذميا ليس فيئا لأن يدهما يد صحيحة ... ذلك المال فيندفع إحراز المسلم فترد عليه وما أودع حربيا ففي ظاهر الرواية فيء وعن أبي حنيفة أنه له لأن يده ثابتة ... وجه الظاهر أنها ليست يدا صحيحة حتى لا يندفع اغتنام المسلمين عن أموالها الثالثة مستأمن أسلم في دار الإسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الأولاد الصغار والمال فيء لأن تباين الدارين قاطع للعصمة فما ظهرنا ثبت الاستيلاء على الا معصوم أما في غير الأولاد فظاهر وأما فيهم فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الأموال الرابعة دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان فاشترى منهم أموالا وأولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له إلا الدور والأرضين فإنها فيء لأن يده صحيحة لأنه مسلم فيكون ما في يده محرزة دافعة لإحراز المسلمين إياها فأما الأرضون فالوجه فيها ما سنذكر ومن قاتل من عبيده فيء وامرأته الحبلى الحربية وما في بطنها فيء وودائعه ولو عند حربي له لأنه ما دام في دار الحرب فيده عليها ولنأت إلى مسألة الكتاب قال ومن أسلم منهم الخ قال المصنف معناه في دار الحرب قيد به احترازا عما لو أسلم مستأمنا في دار الإسلام ثم ظهر على الدار فإن جميع ما خلفه فيها فيء على ما ذكرناه وشمول ذلك أعم من كونه خرج إلينا أو لم يخرج إلينا والحكم المذكور يخص ما إذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفا من أن الذي خرج فظهر على الدار عندنا لا يحوز غير بنيه فلا بد من تقييده لكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وقوله أحرز نفسه وأولاده الصغار لأنهم مسلمون تبعا وكل مال بالنصب عطفا على نفسه من نقد وعبيد وإماء لم يقاتلوا لقوله عليه الصلوة والسلام من أسلم على مال فهو له قال محمد ثنا الثقفي ثنا ابن لهيعة قال ثنا أبو الأسود عن عروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أسلم على شيء فهو له أحسن من هذا السند سند سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى أبو داود عن أبان بن عبد الله بن أبي حازم عن أبيه عن جده صخر بن العيلة أنه عليه الصلوة والسلام غزا ثقيفا فساقه إلى أن قال فدعاه أي دعا صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم ثم ساقه إلى أن قال وسأل نبي الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم فأنزله إياه وأسلم يعني السلميين وساقه إلى أن قال فقالوا يا رسول الله أسلمنا وأتينا صخرا ليدفع إلينا ماءنا فأبى فدعاه فقال يا صخر إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم فادفع إلى القوم ماءهم وأبان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم ياء مثناة من تحت ويقال ابن أبي العيلة ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه وقوله أو وديعة أو وجها في يد مسلم أو ذمي لأنه في يد صحيحة محترمة يعني وديعة ويده أي يد المودع كيده فإن ظهرنا على الدار فعقاره فيء وما له من زرع قبل أن يحصد لأنه تبع للأرض وقال الشافعي رحمه الله هو له لأنه في يده فهو كالمنقول ولم يذكر ...

وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إنه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لأنه حر لانعدام الجزئية عند ذلك وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لأهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام ألا ترى أنها ليست بمتقومة إلا أنه محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفا وإباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالإسلام بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة

في شرح الجامع الصغير ونقل المص عن بعضهم نقل الخلاف فقال وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت وحكاه شمس الأئمة على خلاف هذا فقال فأما عقاره فلا يصير غنيمة في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف استحسن فأجعل عقاره له لأنه ملك محترم له كالمنقول انتهى وحكى غيره أن عندهما لا يصير فيئا وعند أبي حنيفة رحمه الله هو فيء ووجه ما ذكره المص بقوله ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لأنها جعلت شرعا سالبة لما في أيديهم فظاهر وما ذكره من حديث أبان ليشهد لكونه غير فيء فإنه قال للصخر منهم ما هم إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماه مالا والمراد من الماء الأرض التي فيها الماء لا نفس الماء لما بخصوصه ألا ترى إلى قوله أنزلني فأنزله إياه والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد ضعف أبانا جماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء وهو نزول لا ضرورة حاجة خالص زوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام وكذا حملها فيء وإن حكم بإسلامه تبعا لخير الأبوين دينا خلافا للشافعي هو يقول إنه مسلم كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره كما لو تزوج أمة الغير يكون أولاده مسلمين أرقاء بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون لا يتبعونه في الإسلام ولا خلاف في هذا ومن قاتل من عبيده فهو فيء خلافا للأئمة الثلاثة رحمهم الله والظاهر معهم لأنه لم يخرج عن كونه مالا ولأصحابنا أنه لما قاتل والفرض أن سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لأهل دارهم فانقطعت النسبة بالمالية إلى مولاه لأن كمال معنى المالية بالملك واليد وعن هذا قلنا ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو فيء لارتفاع يده للغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة لأن الحربي الغاصب ملكه بالغصب لأن دار الحرب دار القهر والغلبة قال الفقيه أبو الليث وكذا إذا كان وديعة عند حربي عنده خلافا للأئمة الثلاثة في الفصلين لإطلاق الحديث ولأبي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لأن يد المودع كيده ولو كانت في يده حقيقة لا يكون فيئا فكذا إذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لأنه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولأبي حنيفة أن يد الحربي ليست محترمة ألا ترى أنها لا تدفع يد الغانمين عن ماله فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الأصل وهو يد المسلم لا وصفها لنفسها كما أن التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء في رفع الحدث فيكون المال معصوما بعصمة صاحبه أجيب بجوابين أحدهما أن المال في الأصل غير معصوم بل على الإباحة وإنما ينعصم تبعا لعصمة المالك وتبعيته له في العصمة إنما تثبت إذا اتصلت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكما مع الاحترام وكلاهما انتفت هنا وهذا لأن المقد يمنع فيه عدم الاحترام بل هذه الحكمية محترمة وغير المحترمة هي يد الحربي الحقيقية الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكم إن أوجب العصمة فاعتبار الحقيقة يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت في حين أسلم للإجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنفس توجب في ملكه العصمة بالإسلام وأما ما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فقال المص هو فيء عند أبي حنيفة خلافا لهما وقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيئا إلى أن قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية إنه تتبع النسخ والصحيح منها

واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت ولان الاباحة باعتبار ها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص قلنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين ان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه فصل في كيفية القسمة قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول استثنى الخمس

ان لم يكن اولها كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا لان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة لم يذكر او في المحيط ولم يذكر فيها قول ابي يوسف مع محمد لان فخر الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي او غصبا عند مسلم او ذمي فهو فيء وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون فيئا وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي وغيرهما له ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها المال ولهما انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل معه بسبب اندفاع شره به فانما هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا حاملا للامانة واباحة التعرض كان لعارض شره فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك في الاصل وليست في يده في حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد احد فلم تثبت العصمة فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم او الذمي وديعة فانه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن غنيمة ولما تقدم من ان الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره ابو الليث يقتضي ان يزول ملكه الى المسلم بل الغاصب وح لا يكون مباحا اللهم الا ان يقتصر على نقصان للملك بسبب زوال اليد قوله وليست في يده حكما انث على تأويل الاموال فرع اسر العدو عبدا ثم اسلموا الا فهو لهم لانه مال اسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية او اتلف متاعا يلزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لان حق ولي الجناية في رقبته فلا يبقى بعد زوال ملك المولى الا ترى انه لو زال ملكه بالبيع او الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية واما الدين ففي ذمته فلا تبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لمالية فانما ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم او اصابه المسلمون في غنيمة اي ولم يسلم مولاه فاخذه المولى بالقيمة او الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل خطأ لم تبطل عنه بحال قوله واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة التي كانت في دار الحرب انما كانت باعتبارها ولان الحق تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام او علف يرده الى الغنيمة معناه اذا لم يكن قسمة الغنيمة في دار الحرب بشرطه وهو انتفع به قبل قسمتها بعد الاحراز يرد قيمته وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص وهو الواحد الداخل والاثنان الى دار الحرب اذا اخذ شيئا فاخرجه يختص به قلنا ما تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دائما احق قبل الاخراج وبعده واما بعد القسمة فيتصدقون بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كانوا باعوه هذا اذا كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين لتفرقهم وان كانوا تصرفوا فيه فلا شيء عليهم وعلى هذا

قيمة ما انتفع به بعد الاحراز يتصدق بها الغني لا الفقير

فصل في كيفية القسمة قيل لما بين احكام الغنيمة شرع بين قسمتها ولا يخفى ان من احكام الغنيمة وجوب قسمتها وانما افرده بفصل على حدة لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الى غيره من الاحكام والقسمة جعل النصيب الشائع محلا معينا قوله ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها اي عن القسمة بين الغانمين ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين هذا اول القدوري وقال المصنف لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي لم يدع اخرج الخمس من ان يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للاخراج وهو من استثنيت الشيء زويته لنفسي فهذا يرجع الى قول الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس داخل في قسمته اذ حاصل بيان قسمتها هو ان يعطي خمسها لليتامى والمساكين وابن السبيل ١٦

ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة
وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رض ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل
سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة
ما روى ابن عباس رض ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم

على ما سياتي ويعطى الاربعة الاخماس للغانمين فعند ابي حنيفة وزفر للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد واكثر اهل العلم
للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم لهما ما روى عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاري واخرجه الستة الا النسائي
وفي مسلم عنه قسم في النفل للفرس سهمين وللرجل سهما وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية اسهم للرجل وللفرس ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ
كلها تبطل قول من اول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ القائمة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما
وكانت الرجالة الفا واربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس مثله ولان الاستحقاق بالغناء وهو بالمد والفتح الاجزاء والكفاية وغناء الفارس الكرامي الجملة
على الاعداء والفر الكائن للكرة او للتحارز في موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم انه مقتول ان لم يفر كيلا يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى فلا تلقوا بايديكم
الى التهلكة والثبات وليس للراجل الا للثبات فاغنى في ثلاثة امور والراجل في واحد منها واستدل المصنف لابي حنيفة بحديث ابن عباس انه عليه السلام
اعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد
بن الفضيل بن غزوان ثنا الحجاج عن ابي صالح عن ابن عباس قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما واخرجه
ايضا من طريق ابن ابي ليلى عن الحكم عن ابن عباس نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن في هذا احاديث منها ما في ابي داود
عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت ابي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية
الانصاري وكان احد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال
بعض الناس لبعض ما للناس قالوا اوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على
راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح ففتحت
خيبر على اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين
واعطى الراجل سهما قال ابو داود وهذا وهم انما كانوا مائتي فارس فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال
فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه واعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب واما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة
ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو انه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد
وله سهم في سنده الواقدي واخرج الواقدي ايضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضرب لي
سهم وللفرس سهم واخرج ابن مردويه في تفسيره ثنا محمد بن محمد السري ثنا المنذر بن محمد ثنى ابي ثنا يحيى بن محمد بن هاني عن محمد بن اسحق قال ثنا
محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة رض قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين
فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما منها حديث ابن عمر رض الذي عارض به المصنف رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا ابو اسامة وابن نمير قال
ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما انتهى ومن طريقه رواه الدارقطني
وقال قال ابو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابي شيبة لان احمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا
وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن ابي اسامة خلاف هذا يعني انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرجه عن نعيم ثنا ابن المبارك عن عبيد الله

وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهماً واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك ان نعيما ثقة وابن المبارك من اثبت الناس واخرجه ايضا عن يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب اخبرني عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما وقال وتابعه ابن ابي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس او الفرس ثم اخرجه عن حجاج بن منهال ثنا حماد بن سلمة ثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد عن حماد روى حديث عبيد الله متعارضا الكرخي لكن رواية البيهقي عنه اثبت وروى الدارقطني ايضا في كتابه المؤتلف والمختلف ثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن ابي رواية قالا ثنا احمد بن عبد الجبار ثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن امين عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر في فعله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظرا الى تعارض رواية غير ابن عمر ايضا ترجح النفي بالاصل وهو عدم الوجوب بالمعنى وهو ان الكر والفر جنس واحد والثبات جنس واحد فيهما اثنان للفارس وللراجل احدهما فله ضعف ماله ولان الزيادة ليست الا بزيادة في الغناء ضرورة واذا تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لان كم من راجل انفع فيه من كثير من فارس والا يستنكر زيادة اغناء راجل عن فارس فانما يدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان في الغناء بنفسه وفرسه وللراجل بنفسه فقط فكان على النصف وقول المصنف واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره يريد ابن عباس وقد علمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر في البخاري فهو اصح قلنا قد منا غير مرة ان كون الحديث في كتاب البخاري اصح من حديث آخر في غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح او رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع ان الجمع وان كان احدهما اقوى من الآخر اولى من ابطال احدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالا لهما اولى من اعمال احدهما بعد كون سند كل منهما صحيحا على ان من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه واما قول المعارض فعلاه فرجح الى قوله الذي قال للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف ومخطئ من نحوه لابن ابي شيبة ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله تعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله وقد علم ما تقدم هناك من انه يفيد ان المصير الى الفعل انما هو لتعذر التمسك فيجب المصير الى القول وليس كذلك هذا واعلم ان مخارج الحديث الثلاثة اكثر فانه روي من حديث ابن عمر واخرجه ابو داود ومن حديث ابن ابي عمرة عن ابيه والطبراني من حديث ابي رحم وهو مختلف في صحبته واخرجه ايضا من حديث ابي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد واخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وابو عبيد القاسم بن سلام واخرجه احمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير واخرجه الدارقطني ايضا من حديث جابر واخرجه ايضا من حديث ابي هريرة واخرجه ايضا من حديث سهل بن ابي حثمة وهي مع انها لم تسلم من المقال تهما لا تنافي قول ابي حنيفة لانك قد علمت ان الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابن عمرة اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعة نفر ومعنا فرس فاعطى كل انسان منا سهما واعطى الفرس سهمين وحديث احمد انه عليه الصلاة والسلام اعطى الزبير رضي الله عنه سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس منا ثلاثة اسهم واعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر في انه ليس مرة المستمر الا انه قال كان عليه الصلاة والسلام وقضى عليه الصلاة والسلام نحوه فلما قال غزاة وقد علم انه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في ان غيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني

ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رح يسهم لفرسين لما روى ان النبى عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فلا يسهم لما زاد عليه ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

الحديث الزبير اعطانى يوم بدر وفى رواية له اخرى عنه يوم خيبر ولا ينافى اذ اجاز كونه قسم له ذلك فيهما واما فى حديث سهل بن ابى خيثمة اذ شهد حنينا فاسهم لفرسه سهمين وله سهما وفى حديث عبد الله بن ابى بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق فى غزوة قريظة انه عليه الصلوة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضى ان ذلك مستمر منه عليه الصلوة والسلام وقد بقى حديث بنى المصطلق عن عائشة رض وتقدم ما يعارض حديث بنى قريظة واما حديث ابى كبشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال انى جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لان رواية محمد بن عمران القيسى اكثر الناس على تضعيفه وتوهينه **قوله** ولا يسهم الا لفرس واحد اذا دخل دار الحرب بفرسين او اكثر وبه قال مالك رح والشافعى رح وقال ابو يوسف رح وهو قول احمد يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف فى ظاهر الرواية عن ابى يوسف رح وانما هو فى رواية الاملاء عنه فاستدل المص لذلك بما روى انه عم اسهم لفرسين وهذا روى من حديث ابى عمرة رض بشير بن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسى اربعة اسهم ولى سهما فاخذت خمسة اسهم رواه الدارقطنى ومن حديث الزبير اخرجه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمى اخبرنا صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير حضر خيبر بفرسين فاعطاه النبى صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعى عن مكحول منقطعا وقال فيه قال الشافعى رح فى دفعه وهشام اثبت فى حديث ابيه الى ان قال واهل المغازى لم يرووا انه عليه الصلوة والسلام اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه عليه الصلوة والسلام حضر خيبر بثلاثة افراس السكب والظرب والمرتجز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رض قال اعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسى وسهما لى وسهما لامى من ذوى القربى ومن رواية هشام بن عروة ايضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام باربعة اسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا احسن الا ان قول اهل المغازى لم يرووا انه اسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدى فى المغازى ثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فاسهم له النبى صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وقال ايضا حدثنى يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن ابى صعصعة عن الحارث بن عبد الله بن كعب ان النبى صلى الله عليه وسلم قاد فى خيبر ثلاثة افراس لزاز والظرب والسكب وقاد الزبير بن العوام افراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البراء بن اوس فرسين وقاد ابو عمرة الانصارى فرسين فاسهم عليه الصلوة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهما له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد والثبت انه اسهم لفرس واحد ولم يسمع انه صلى الله عليه وسلم اسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدى مع اختصاره وقال سعيد بن منصور ثنا فرج بن فضالة ثنا محمد بن الوليد الزبيدى عن الزهرى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى ابى عبيدة بن الجراح ان اسهم للفرس سهمين وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة اسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد ايضا ثنا ابن عياش عن الاوزاعى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين واما ما ذكره المص عن البراء بن اوس انه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه مما ذكرنا عن الواقدى رحمه الله وذكرناه ابن منده فى كتاب الصحابة قال روى محمد بن عمر عن محمد بن عمرو المدنى عن يعقوب بن محمد رح

والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رح على عكسه في الفصلين هكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا كان او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق

ابن جعفر عن عبد الرحمن بن اوس انه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة اسهم الا ان هذا غريب وقال مالك في الموطا لم اسمع بالقسم الا لفرس واحد وهذا استمر العمل على طريقة حمل الزائد على التنفيل قال كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله الى ان قال فلما اصبحنا قال عليه السلام خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم اعطاني سهمين سهم للفارس وسهم للراجل فجمعهما لي جميعا ورواه ابن حبان وقال كان سلمة بن الاكوع في تلك الغزاة راجلا فاعطاه من خمسه عليه الصلوة والسلام لا من سهمان المسلمين وروى القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنقذ لقاح النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدي فحدثت به سفيان فقال خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهو عندي اولى من حمله على انه اعطاه من سهمه والا لم يسم نفلا لانه هبة وخبر سلمة واللقاح مفصل في السيرة **قوله** والبراذين وهي خيل العجم واحدها برذون والعتاق جمع عتيق اي رائع وهي كرام الخيل العربية هما سواء في القسم فلا يفضل احدهما على الآخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون ابوه من الرمك وامه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون ابوه عربيا وامه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من اهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين وروى فيه حديثا شاذا وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب من ان اطلاق الخيل يشملهما وكذا الارهاب لان في كل خصوصية ليست في الاخرى والتحقيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه الين عطفا من العربي غير صحيح لان هذا دائر مع التعليم والعربي اقبل للادب من العجمي من الخيل وكون احد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن ان يكون ذكره لما نقل عن عمر رض انه فضل اصحاب الخيل العربية على المقارف وفي سيرة ابن هشام حدثني ابو عبيدة قال كتب امير المؤمنين عمر بن الخطاب رض الى سلمان بن ابي ربيعة الباهلي وهو بارمينية يامره ان يفضل اصحاب الخيل العراب على اصحاب الخيل المقارف في العطاء فعرض الخيل فمر به فرس عمرو بن معدي كرب فقال سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو وقال هجين عرف هجينا مثله فوثب اليه قيس ابن مكشوح فتوعده فقال عمرو

اتوعدني كانك ذو رعين * بافضل عيشة او ذو نواس * وكائن كان قبلك من نعيم * وملك ثابت في الناس راسي * قديم عهده من عهد عاد * عظيم قاهر الجبروت قاسي * فامسى اهله بادوا وامسى * يحول من اناس في اناس

قوله ومن دخل دار الحرب فنفق فرسه اي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى في دار الحرب فرسا فقاتل فارسا عليه استحق سهم راجل وجواب الشافعي رح على عكسه في الفصلين وهكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن ابي حنيفة رح اي فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه ان له سهم فارس وظاهر المذهب الاول والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب وعنده حال الحرب لان السبب في استحقاق الغنيمة اذا وجدت هو القتال فيعتبر حال الشخص المستحق عنده دون المجاوزة لانها انما هي وسيلة الى السبب اي العلة الحقيقية كالخروج من البيت لقصد القتال في دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحال الغازي عنده بالاتفاق لا يعتبر فكذا عند المجاوزة والدليل على ان المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به راجعة الى استحقاق الغنيمة الشافعي فيما اذا قاتل الصبي او العبد وغيرهما فانهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شرعا في حق استحقاق الغنيمة فانه غير متعذر ولو تعذر او تعسر فبشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال من المجاوزة ولنا ان المجاوزة نفسها من القتال لانهم يلحقهم الخوف بها والاغاظة والحال بعدها حال بقاء القتال لانه تنوع القتال الى المجاوزة الى ديارهم وسلكوا نهرا بالسفينة لا الا كم دائم حقيقة المسايفة ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة

ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته

ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام

القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال تشغل شاغل لكل احد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه او بشهادة العدل بكل فرد فيسقط اعتباره بخلافه في حق افراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فاديرفي حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي الى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة واما ما قيل في التعذر بان الشهادة من اهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على ان هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا لانه ينقص سهم نفسه فهو متهم لنفسه اولا الضرر وشركته في اصل الغنم ليست متوقفة على شهادة هذه الا ترى الى ما في الحديث من قول ابي قتادة من يشهد لي حين جعل عليه الصلوة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه وقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ولا ... اهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلوة والسلام ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان او الشجر او لانه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى برهم فلاقوهم قبله فقاتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهبه وسلمه او آجره او رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة بالفرس القتال عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس بالاتفاق وكذا اذا باعه حال القتال لا يسقط عند البعض قال المصنف الاصح انه يسقط لانه ظهر ان قصده التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بان تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التخلص فبيعه فيها دليل على انه غرض الا ان فيه امالة وجهده غير موافق له فربما يقتله لعدم ادبه او غير ذلك لان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظار الحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره او ضعفه او هزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب او مستعار او مستاجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بالفرس ليقصد القتال عليه ترجيح الاولى الا ان يراد في اجراء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا قوله ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم ويعطون قليلا من كثير فان الرضخة في الاعطاء كذلك وهو اقل من السهم فالرضخ لا يبلغ السهم والكلام في قدره على حسب ما يرى الامام وسواء قاتل العبد باذن سيده او بغير اذنه والمكاتب كالعبد لما ذكر في الكتاب وقد استدل المصنف بان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم لهم اخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه ان ليس لهما شيء الا ان يحذيا وفي ابي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا كتبت كتاب ابن عباس الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن واخرج ابو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى آبي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي الى ان قال فاخبر اني مملوك فامر لي بشيء ... واخرج ابو داود والنسائي عن حشرج بن زياد عن جدته ام ابيه انها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا فيه الغضب فقال مع من خرجتن فقلنا يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله

لما روى انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد ولكن كان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعنى انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمى ليس من اهل العبادة والصبى والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم

ومعنى دوار للجرحى وتناول السهام وتسقى السويق قال فمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر اسهم لنا كما اسهم للرجال وبه قال الاوزاعى فقال الخطابى اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره انه لجهالة رافع وحشرج عن رواية وقال الطحاوى يحتمل انه عليه الصلوة والسلام استطاب اهل الغنيمة وقال غيره يشبه انه انما اعطاهن من الخمس الذى هو حقه هذا ويمكن ان يكون كون التشبيه فى اصل العطا واردت بالسهم ما خصص به والمعنى خصنا بشئ كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهولاء الرجالة منهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم اتباع وهول فى سبيله حيث لم يفرض على احد منهم فى غير النفير العام فى غير الصبى ويزيد الذمى بانه ليس اهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من اهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقى فى العسكر والمستاجر لخدمة الغازى اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصته من القتال من اجرة الاجير لانهما من اهل فرض فلا يكونان تبعا فى حق الحكم بل فى السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعى واحمد وفى قول له وهو رواية عن احمد من اربعة الاخماس وفى قول الشافعى من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل وكذا الصبى والذمى لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبى قادرا عليه فلا يقام غير القتال فى حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر وان لم يقاتل لانها عاجزة عنه فاقيم هذه المنفعة منها مقامه وصح امانها لثبوت شبهة القتال منها والامان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد اعطاء الذمى اذا لم يقاتل بل دل على الطريق بان ذلك ليس رضخا بل بمقام الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك يزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى فى حمل الجهاد بين من يصح منه ويوجر عليه ومن لم يقبله الله منه ولا يصح له فكذلك لم يبلغ به السهم كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر واما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجوز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعى وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما فى مسلم وغيره عن عائشة رضى الله عنها انه عليه الصلوة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة فقال له عليه الصلوة والسلام تومن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى ان قيل له فى المرة الثالثة نعم انطلق وعن حبيب بن اساف قال اتيت انا ورجل من قومى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم انا نستحى ان يشهد قومنا مشهدا لا نشهده معهم فقال اسلمتما فقلنا لا قال فانا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربنى ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فاقول لا عدمت رجلا عجل اباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلوة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعنى لم يسهم لهم يفيد معارضته هذه الاحاديث والمذكور فى ذلك حديث ابى يوسف اخبرنا الحسن عن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم فلم يسهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف واسند الواقدى الى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة فغزا بهم اهل خيبر واسهم لهم كسهمان المسلمين ويقال احذاهم ولم يسهم لهم واسند الترمذى الى الزهرى قال اسهم عليه الصلوة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معهم وهو منقطع وفى سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهرى وقتادة شيئا ويقول هى بمنزلة الريح ولا شك ان هذه لا تقاوم احاديث المنع فى

والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

القوة فكيف تعارضها وقال الشافعي رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان في غزوة بدر ثم انه عليه الصلوة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن امية وهو مشرك قال وان كان لاجل انه مخير بين ان يستعين به وان يرده كماله والمسلم المعني يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لاجل انه مشرك فقد نسخ بما بعده ولا بأس بان يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لهم ولعل رده من رده في غزوة بدر رجاء ان يسلم **قوله** فاما الخمس الذي تقدم انه يخرجه اولا فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم فيقدمون على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من اخذ الصدقات وذوي القربى لا يحل لهم هذا راي الكرخي وسياتي راي الطحاوي ان يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون اغنيائهم واليتيم صغير لا اب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء ابناء السبيل من ذوي القربى في ابناء السبيل فان قيل فلا فائدة في ذكر سهم اليتيم حيث كان استحقاقه ليس بالفقر والمسكنة لا باليتيم اجيب بان فائدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر في التاويلات للشيخ ابي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القرآن اجاب بان افهام بعض الناس قد يفضي الى ان الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا يحل لهم وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم وبقول الشافعي قال احمد وعند مالك رح الامر مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من القرابات ونحن نوافقه على ان القرابة المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب فالخلاف في دخول غني من ذوي القربى وعدمه وقال المزني والثوري يستوي فيه الذكر والانثى ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر اطلاق النص اطلاق قوله تعالى ولذي القربى بلا فصل بين الغني والفقير ولان الحكم المعلق بوصف يوجب ان مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا بمعنى بها بخلاف ذوي القربى ثم لا تنتفي مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة ولنا ان الخلفاء الراشدين رض قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ثم انه لم ينكر عليهم ذلك احد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلوة والسلام على خمسة اسهم لله وللرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سألت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارأيت علي بن ابي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق وما ولي من امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون ما تقولون فقال اما والله ما كان اهله يصدرون الا عن رأيه فقلت فما منعه قال

واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعى لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير

كره والعدان يدعى عليه بخلاف سيرة ابى بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يخالف فيه وبه تصح رواية ابى يوسف عن الكلبى فان الكلبى ضعيف عند اهل الحديث الا انه وافق الناس وانما الشافعى يقول لا اجماع بمخالفة اهل البيت وحين ثبت هذا احكمنا بانه انما فعله لظهور الصواب لانه لم يكن يحل له ان يخالف اجتهاده لاجتهادهما وقد علم انه خالفهما فى اشياء لم توافق رايه كبيع امهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا انه رجع الى رايهما ان كان ثبت عنه انه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعى عن ابى جعفر محمد بن على قال كان راى على فى الخمس راى اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون اهل البيت لان ما منع ان فعله كان تقية من ان ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين عن حقهم فى اعتقاده ولم يكن منعه الا لرجوعه ولظهور الدليل وكذا ما روى عن ابن عباس من انه كان يرى ذلك محمول على انه كان فى الاول كذلك ثم رجع فان لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من احد اولى فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذى القربى اصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف الكتاب والفعله عليه الصلوة والسلام لانه اعطاهم بلا شبهة اجاب على قول الكرخى ان الدليل دل على ان السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلوة والسلام يا معشر بنى هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم فى الزكوة واسند الطبرانى فى معجمه ثنا معاذ بن المثنى ثنا مسدد ثنا معتمر بن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله يستعين بكما على صدقات فاتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لاهل البيت من الصدقات شئ ولا غسالة الايدى ان لكم فى خمس الخمس لما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن ابى حاتم فى تفسيره ثنا ابى ثنا ابراهيم بن مهدى المصيصى ثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت عن غسالة ايدى الناس ان لكم فى خمس الخمس لما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع فى عبارة بعض الفقهاء ثم لا يكون العوض الا ثبت فى حق من ثبت فى حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضى ان المراد بقوله تعالى ولذى القربى فقراء ذوى القربى فيقتضى اعتقاد استحقاق فقرائهم وكونهم مصارف مستمرا وينافيه اعتقاد حقيقة منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما رويناه انهم لم يعطوا ذوى القربى شيئا من غير استثناء فقرائهم وكذا ينافيه اعطاؤه عليه الصلوة والسلام الاغنياء منهم كما روى انه اعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول المصنف والنبى صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة الخ يدفع السؤال الثانى لكن يوجب علينا قضيته مع ما قبله لان الحاصل ح ان القرابة المستحقة هى التى كانت لنصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من اخر بعده عليه الصلوة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء ان يعطوهم وهو خلاف ما تقدم عنه انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة فى الثلاثة ولعل ما سيرويه فى تصحيح قول الكرخى ان عمر اعطى الفقراء منهم سهما مع انه لم يعرف اعطاء عمر لقيد الفقر مرويا بل المروى فى ذلك ما فى ابى داود عن سعيد بن المسيب ثنا جبير بن مطعم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبنى عبد شمس ولا لبنى نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبنى هاشم وبنى المطلب قال وكان ابو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير انهم لم يكن يعطى قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبى صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه واخرج ابو داود ايضا عن عبد الرحمن ابن ابى ليلى سمعت عليا قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبى صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان رايت ان توليني حقنا فى هذا الخمس فى كتاب الله اقسمه فى حياتك

ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة **قال** فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه

كيلا يبقى غني احد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية ابي بكر رضي الله عنه حتى كان آخر سنة من سني عمر رضي الله عنه اتاه مال كثير فعزل حقنا ثم ارسل الي فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر فلقيت العباس بعدما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيئا لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الا عطاء الفقير المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع ان الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم ان ابا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي انه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب ان يعول عليه على اعتقاد ان الراشدين لم يعطوا ذوي القربى ان ذوي القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب الا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلوة والسلام وذلك ان القربى وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم بقوا بعده عليه الصلوة والسلام فكان يجب ان يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان انهم مصارف اي ان كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطى تمام الخمس لابناء السبيل وان يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين ان يصرفوهم الى غيرهم خصوصا وقد راوهم اغنياء متمولين اذ ذاك وراوا صرفه الى غيرهم انفع ونقول مع ذلك ان الفقير منهم مصرف ينبغي ان يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوي انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه اضافة اليهم لاحق لغالزمنا اداءه طاعة له ليصير صرفه وسخا ويدل على بطلانه انه عليه الصلوة والسلام لم يصرفه لهم في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا ان مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفا غير ان الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغني مصرفا صح الصرف اليه واجزى لان المصرف من بحيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غني ذوي القربى عندهم كذلك هذا وانما يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما في ابي داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان رضي الله عنه حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني عبد المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلوة والسلام انا وبنو عبد المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه اشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المؤانسة والموافقة في الجاهلية فانه ليس في ذلك الزمن قتال فهو يشير الى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وان لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة في السير شهيرة وعن هذا استحقت ذراريهم مع انه لا يتاتى نصرة منهم فقال وشرح قوله قرابتنا واحدة انه عليه الصلوة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد اعني عبد مناف له اولاد هاشم الذي ذريته النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه السلام واحدة ثم مقتضى استحقاق ذوي القربى ان يستحق الكل على قول الشافعي او يكون فقراء الكل مصارف على قولنا فبين عليه الصلوة والسلام ان المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف وراوا غيرهم اولى منهم على ما ذكرنا **قوله** فاما ذكر الله تعالى الخ لما فرغ من بيان سهم ذوي القربى شرع ليبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر ان سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه وللرسول لكذا ولكذا ان له سبحانه منها كما لكل من الاصناف سهم بل ذكره تعالى في افتتاح الكلام

اي الخلفاء الاربعة

وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا قال وبعده بالفقر قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي رح سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرم كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رض اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد والاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

ليتبرك به بذكر اسمه تعالى فان لله ما في السموات وما في الارض فسهم الله ورسوله واحد وقال ابو العالية سهم الله ثابت يصرف الى بناء بيته الكعبة ان كان قريبة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس ودفعه بان السلف فسروه بما ذكر فان هذا التفسير روي عن ابن عباس رض رواه الطبراني في تفسيره عن ابي كعب حدثنا احمد بن يونس حدثنا ابو شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رض انه قرأ واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه ثم قال فان لله خمسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الارض وفي غيره حديث عن ابن عباس رض كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة فعلى قول هذا القائل يكون في ستة وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والآخرة **قوله** وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه الصلوة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع وسيف او جارية قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين اتى به علي رض بعد ان قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن اخطب من غنيمة خيبر رواه ابو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المص والحجة عليه ما قدمناه اي من الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على اربعة ودفعوا سهمه لا القسم ولم ينقل ذلك عن احد وايضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علته وهو الرسالة واما قول المص وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم ما يغني عنه وقوله كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم وبعده بالفقر لا يخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذي القربى اما ان يراد به القربى المختصة تبارك الموافقة في الضيق والمؤانسة فيه فيكون المصارف مطلقا في الحيوة وبعد الممات واما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك اي في حياته وبعد مماته فليس لوجه فيه الا ما قدمناه من انه اريد ان القرابة المباشرة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلوة والسلام اعطاهم اختيار الاحد الجائزين له لا ان الصرف اليهم كان واجبا عليه كما يجوز ان يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون رض الصرف الى غيرهم واما فقراؤهم فالاولى ان يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرير وانما قال وقيل هو الصحيح اي قول الكرخي لان من المشايخ كشمس الائمة من يرجح قول الطحاوي عليه غير ان توجيه بان عمر رض اعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم وقوله والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يريد اجماع الخلفاء الراشدين رض والا فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء **قوله** واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس قوله فاخذوا ولا يخفى ان الكلام الضافي قوله فاخذوا لكنه تنبيها على ان الثلاثة ايضا مراد اي اذا دخل واحد او اثنان او ثلاثة بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس وقد صرح بان الثلاثة كالواحد واما الاربعة فيخمس وفي المحيط عن ابي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها بالسبعة والتي لها منعة بالعشرة ومذهب الشافعي ومالك واكثر اهل العلم انه يخمس ما اخذه الواحد تلصصا لانه مال حربي اخذ قهرا وكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن واحمد في رواية عنه نمنع انه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما اخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ المتلصص انما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا بمباح من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما اذا سوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث اذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة او كالعشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان المأخوذ قهرا غنيمة وخذله

فصل في التنفيل قال ولا بأس بأن ينفل الإمام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لأن التحريض مندوب إليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل فإن فعله مع السرية جاز لأن التصرف إليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز قال إلا من الخمس لأنه لا حق للغانمين في الخمس وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء

خذلانا إذا ترك نصره وأسلمه

فصل في التنفيل نوع من القسمة فألحقه بها وقدم تلك القسمة لأنها المقصود بالذات وهذه بالعارض لأنه إلى رأي الإمام بأن ينفل قليلا أو كثيرا والتحريض والتنفيل إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لولد الولد نافلة أيضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان **قوله** ولا بأس بأن ينفل الإمام أي يستحب أن ينفل نص عليه في المبسوط وسيذكر المصنف أنه تحريض والتحريض مندوب إليه وبه يتأكد ما أسلفنا من أن قول من قال لفظ لا بأس إنما يقال لما تركه أولى ليس على عمومه واعلم أن التحريض واجب بالنص المذكور لكنه لا يتعين في التنفيل فلا يكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله فإذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم إذا كان هو أدعى الخصال إلى المقصود يكون إسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الإسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير وأما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء والإجماع على التنفيل لاستلزامه محرما وإنما قيد بقوله حال القتال لأن التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة سواء كان بسلب المقتول أو غيره ويشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فإنما كان بعد فراغ الحرب في حنين **قوله** فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن أصاب شيئا فهو له أو يقول للسرية قد جعلت لكم النصف أو الربع بعد الخمس أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لأن فيه إبطال السهمان التي أوجبها الشرع إذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وبهذا أيضا يبطل ما ذكرنا من قوله من أصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو إبطال السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا أصلا بانتهابه فهو أولى بالبطلان والفرع المذكور في الحواشي وبه أيضا ينتفي ما ذكر من قوله أنه لو نفل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة فيه وفيه زيادة إيحاش الباقين وإثارة الفتنة فلا ينفل بجميع المأخوذ لأن فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز إذا رأى المصلحة فيه ثم محل التنفيل الأربعة الأخماس قبل الإحراز بدار الإسلام وبعد الإحراز لا يصح إلا من الخمس وبه قال أحمد وعند مالك والشافعي لا يصح إلا من الخمس لأنه المفوض إلى رأي الإمام والباقي للغانمين قلنا إنما هي حقهم بعد الإصابة أما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لأن حقيقة التنفيل إنما هو مما يصاب لا حال كونه مالهم فإن حقيقته تعليق التمليك بالإصابة وعند الإصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الإسلام بأن هجمها العدو ليس له أن ينفل إلا من الخمس لأنه بمجرد الإصابة صار محرزا بدار الإسلام **قوله** لأنه لا حق للغانمين في الخمس أورد عليه أنه إن لم يكن حقا لهم فهو للأصناف الثلاثة فكما لا يجوز إبطال حق الغانمين كذا لا يجوز إبطال حق غيرهم أجيب إنما يجوز باعتبار جعل المنفل له من أحد الأصناف الثلاثة وصرف الخمس إلى واحد من الأصناف يكفي لما قدمنا أنهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للإمام أن ينفله في الغني ويجعل نفله بعد الإصابة لأن الخمس حق المحتاجين لا الأغنياء فجعله للأغنياء إبطال حقهم **قوله** وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء وهو قول مالك وقال الشافعي السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وبه قال أحمد إلا أنه قال إذا كان من أهل السهم أو الرضخ وشرط الشافعي في الأول قولا واحدا وفي الثاني في ضمن

وقال الشافعي رح السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه
نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة
الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك

(قوله ان احدهما كقول احمد والثاني لا سلب له) وشرط ان لقتله مقبلا لا مدبرا ولا ان يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب احدا فيقتله لان ذلك
ليس غناء كثيرا اذ كل احد لا يعجز عنه استدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث ابي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى حنين فساقه الى ان قال فقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك
في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله للقتيل فقال رجل من القوم
صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال ابو بكر الصديق رض لاها الله اذن لا يعمد الى اسد من اسد الله تعالى يقاتل عن الله
ورسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلوة والسلام صدق فاعطه اياه فقال فاعطانيه واخرج ابو داؤد في سننه عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا
خلاف في انه عليه الصلوة والسلام قال ذلك انما الكلام ان هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال او كان تحريضا بالتنفيل قال في ذلك الوقت
وغيرها يخصها فعنده نصب الشرع لانه هو الاصل في قوله لانه انما بعث لذلك وقلنا كونه تنفيلا هو ايضا من نصب الشرع والدلالة على الخصوص
واستدل المصنف على ذلك بانه عليه الصلوة والسلام قال لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك فكان دليلا
على حمله على قوله من قتل قتيلا فله سلبه فهو انه تنفيل في تلك الواقعة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث او حسن لكنه انما رواه الطبراني في
معجمه الكبير والاوسط بلغ حبيب بن سلمة ان صاحب قبرس خرج يريد طريق اذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه
فاراد ابو عبيدة رض ان يخمسه فقال له حبيب بن سلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل
فقال معاذ يا حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو بن واقد ورواه اسحق
بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن امية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن سلمة الفهري الى ان قال
فجاء بسلبه على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب ان ياخذه كله وابو عبيدة يقول البعض فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ الا تتقي الله وتاخذ ما طابت
به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رايهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كما ترى
مجهول وبعض المصنف انه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب بن ابي سلمة وصوابه حبيب بن سلمة والكبير
قد لا يضر ضعفه فانا انما نستانس به لاحد محتملي لفظ روي عنه عليه الصلوة والسلام وقد يتايد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن
بن عوف في مقتل ابي جهل يوم بدر فان فيه انه عليه الصلوة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء لما اراه سيفيهما كلاكما قتله
ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا ان البيهقي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم
بنص الكتاب يعطي من يشاء وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلوة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك
انتهى يعني ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال فقد يدعى انه قال في بدر ايضا على ما اخرجه ابن مردويه من طريق الكلبي
عن ابي صالح عن ابن عباس وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلوة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء ابو اليسر

وما لا يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه زيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه

بأسيرين فقال سعد بن عبادة اي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحيوة ان نصنع ما صنع اخواننا ولكنا رأيناك قد افردت فكرهنا ان ندعك بمضيعة قال فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر انه حيث قال ليس نصب الشرع لا بد وهو وان ضعف سنده فقد ثبت انه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في ابي داود ولا شك انه لم يقل لفظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قال وقد علمنا انه لم يكن عني دراهم او دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال تقتضي ذلك لقلتها او عدمها فيغلب على الظن ان ذلك المكني عنه للراوي هو السلب ما اخذ لانه المعتاد ان يجعل في الحرب للقاتل وليس كما روي بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله غاية الامر انه تظافرت به احاديث ضعيفة على ما يفيد ان المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه انه ليس نصا عاما مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه ارتقى الى الحسن فيغلب الظن انه تنفيل في تلك الوقائع ومما يبين ذلك بقية حديث ابي داود فانه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردأ لكم لو انهزمتم فئتم الينا فلا تذهبوا بالغنم ويبقى فابى الفتيان وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين ان كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين وحديث مسلم ابي داود عن عوف بن مالك الاشجعي دليل ظاهر انه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من اهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس اشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه فقتله فحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد رضي فاخذ منه سلب الرومي قال عوف فاتيت خالدا فقلت له يا خالد اما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه او لاعرفنكها عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فابى ان يرده قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلوة والسلام يا خالد رد عليه ما اخذت منه قال عوف قلت دونكها يا خالد الم اوف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فاخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل انتم تاركو الي امرائي لكم صفوة امرهم وعليهم كدره ففيه امران الاول رد قول من قال انه عليه الصلوة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه الا في حنين فان مؤتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد انه عليه الصلوة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والآخر انه منع خالدا من رده بعد ما امره به فدل ان ذلك حيث قاله عليه الصلوة والسلام كان تنفيلا وان امره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابي انما منعه ان يرد على عوف سلبه زجرا لعوف لئلا يتجرى الناس على الائمة وخالد كان مجتهدا فامضاه عليه الصلوة والسلام واليسير من الضرر يتحمل للكثير من النفع غلط وذلك لان السبب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وانما كان للمددي فلا تزر وازرة وزر اخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان اشد على عوف من منع السلب ازجر له منه فالوجه انه عليه الصلوة والسلام احب ان لا تمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب منع شفاعته وذلك بمنع السلب لانه لغضبه وسياسته يزجره بمنع حق آخر لم يقع له اجابته فهذا ايضا يدل على انه ليس شرعا لازما وقوله زيادة الغناء جواب عن تخصيصه بكونه بقتله مقبلا فقال زيادة الغناء في الجنس الواحد لا يعتبر موجبة زيادة من المغنم لما قامت به وقوله كما ذكرناه يعني ما قدمه في اول فصل كيفية الغنيمة من انه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بان اغناءه في الحرب اكثر من هذا ولا يكفي زيادة

ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لا يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي يوسف وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان الملك يثبت عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم

شهر ونحوه دون ذلك لا لعدم تحقق اعتبار من غير المشهور في وقت اكثر من المشهور او يشير الى قوله لان الكر والفر ... قوله السلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه من ذهب وفضة وما سوى ذلك مما هو مع غلامه او على دابة اخرى فليس منه بل هو حق الكل والحقيبة الزيادة في مؤخر القتب وكل شيء شددته في مؤخر رحلك او قتبك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان احدهما ليس من السلب وبه قال احمد والاخر انه من السلب وهو قولهما وعن احمد في برذونه روايتان قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فقط واما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل اي في باب الغنائم من قوله لان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له ومن اصاب شيئا فهو له فاصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها في دار الحرب قال محمد لان وهو قول الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب او بعد قسم الامام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لانه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما ان سبب الملك في التنفيل القهر كما في الغنيمة ولا يتم الا بالاحراز بدار الاسلام لانه ما دام في دار الحرب مقهور دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا من وجه دون وجه ولان اثر التنفيل في اثبات القهر بل في قطع حق غيره واما الملك فانما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف المشتراة لان سبب الملك العقد والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر ايضا قبل الاحراز لا لما ذكر لان لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم ان كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب عند ابي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطأها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وقيل لا عدم الحل لا يتم القياس عليه الا على احد القولين قوله ووجوب الضمان بالاتلاف ذكره لدفع شبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف محمد ذكر في الزيادات ان المتلف للسلب بنفل الامام يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما ان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطء عندهما ايضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف وانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفي نسخة وقد قيل ...

باب استيلاء الكفار لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقديم الاول على الثاني ظاهر قوله واذا غلب الترك على الروم اي كفار الترك على كفار الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه عن قريب فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال اي مما اخذوه منهم وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما اخذنا مالا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احديهما كان لنا ان نشتري من المغلوب من مال الطائفة الاخرى من الغالبين لما ذكرنا وفي الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط اما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيئا لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالاخرى فانه على ملكهم واما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا او مالا ينبغي ان يقال ان كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالامية او كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز الا ان دانوا ذلك عند الكرخي وان لم يكن فان دانوا بان من قهر آخر ملكه جاز

واذا غلبوا على اموالنا والعياذ بالله واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رح لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداءً وانتهاءً والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكّن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل

قوله واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وهو قول مالك واحمد الا ان عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولاحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك رحمهما الله فيتفرع على ملكهم اموالنا بالاحراز ان لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشتري ما اخذوه فياكله ويطأ الجارية لملكهم كل ذلك وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء اي استيلاءهم على اموالنا محظور ابتداء عند الاخذ وانتهاء عند صيرورته في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلوة والسلام فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم والكفار مخاطبون بالحرمات اجماعا والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسندا الى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء واسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا ايريحون ابلهم في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى اتت على العضباء فاتت على ناقة ذلول فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فاتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرت المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتها او وفيتها لا وفاء النذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفي لفظ فاخذ ناقته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتها المرأة لاحرازها اياها باحرازها اياها بالجمهور اوجه من النقل فالمعنى فالاول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء والفقير من لا يملك شيئا فدل على ان الكفار ملكوا اموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها وليس من لا يملك لا وهو في مكان لا يصل اليه فقير اهل بن هو مخصوص بابن السبيل وكذا عطفوا عليهم في نص الصدقة فاما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين انه قيل له عليه الصلوة والسلام في الفتح اين تنزل غدا بمكة فقال هل ترك لنا عقيل من منزل وروي منزل غدا بمكة فقال وهل ترك عقيل لنا من رباع وان ما قال لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل ان المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من ابي طالب فانه توفي وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لان الديار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجروا استولوا عليها فملكوها ولا وروى ابو داؤد في مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا الى النبي صلى الله عليه وسلم فاقام البينة انها له واقام الآخر البينة انه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت ان تاخذ بالثمن الذي اشتراها به فانت احق والا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند اكثر اهل العلم واخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده ياسين الزيات مضعف واخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس عنه عليه الصلوة والسلام قال فيما احرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به وان وجده قد قسم فان شاء اخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة واخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له ومن وجده بعدما قسم فليس له شيء وضعف باسحق بن عبد الله بن ابي فروة ثم اخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به واخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من ادرك ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له وان ادركه بعد ان يقسم فهو احق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به قال الشافعي واحتجوا ايضا بان عمر بن الخطاب قال من ادرك ما اخذ العدو قبل ان يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا انما روي عن الشعبي عن عمر وعن جابر بن حلية عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده الى قبيصة بن ذويب ان عمر بن الخطاب رض قال فيما اخذه المشركون فاصابه المسلمون فعرفه صاحبه ان ادركه قبل ان يقسم فهو له وان جرت فيه

فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله
عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه
فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان فى الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر
من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه
الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذى اشتراه به التاجر وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه
بعرض ياخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغصوبا وهو مثلى ياخذه
قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا ياخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا

السهام فلا شئ له وروى عنه الشيباني عن ابى عبيدة مثل ذلك روى باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى ايضا باسناده الى قتادة
عن خلاس ان عليا بن ابى طالب قال من اشترى ما احرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة فى ثبوت اصل هذا الحكم ويدور فى ذلك بين
تضعيف بالارسال والتكلم فى بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع فى مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وان هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب وبعد ان
لم يقع غلط الكل فى ذلك وتوافقوا فى هذا الغلط بل لا شك ان الراوى الضعيف اذا كثر مجيء معنى ما رواه يكون مما اجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط
دائما ان يكون اكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتقاده بما ذكرنا من الاية والحديث من الصحيح وحديث الغضباء كان قبل احرازهم بدار الحرب الا ترى
الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه يفيد انها فعلت ذلك وهم فى الطريق واما المعنى فما اشار اليه المصنف بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعنى الاستيلاء
الكائن بعد الاحراز فى حالة البقاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على اموالهم فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى وهذا اى كونه مباحا
اذ ذاك لان العصمة تثبت على منافاة الدليل وهو قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا منه فانه يقتضى اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت ضرورة
تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز يكون تاما وهو الاقتدار
على المحل حالا ومآلا بالادخار الى وقت حاجته بخلاف اهل البغى اذا احرزنا اموالهم لا تزول املاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة
من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم اجاب عن قول الخصم المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذلك فى المحظور لنفسه اما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا
لكرامة تفوق الملك هو الثواب كما فى الصلوة فى الارض المغصوبة فما ظنك بالملك الدنيوى والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانها ليست
مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز يزيل الملك على ما ذكرنا فى الباغى واورد عليه ان العصمة اذا زالت بالاحراز بدارهم لم يكن
الاستيلاء محظورا فيحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم يفد ملكا لهم واجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمقومة زالت لانها بالدار وقد يقال
ان كان الملك ما تبع الزوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثانى فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره لان ذلك
لان الاستيلاء ان اريد به ابتداء الاخذ او ادخاله فى دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام
ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف هكذا اورد فى الاصول على كون الغصب مفيد الملك لك اجيب بان المفيد له هو الضمان على ما فى توجيهه من الكلام
بل نقول ليس الاستيلاء الاول سببا للملك ولا الادخال فى دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع سبب للاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة
لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن فى البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته مسببة
عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع ان سبب الملك هنا محظور لنفسه او غيره بل هو امر مباح
والسبب البعيد لا يؤثر فى المسبب الاخر لانه مسبب فى غيره على ما عرف من ان العلة البعيدة لا اثر لها فى المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة
اصلا وقول بعضهم فى التقرير لانه اى الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز ولا حراز انقطعت العصمة فورد على مباح لما ان
المسلم ثمه اذا لم يهاجر الينا يقتضى ان ماله مباح صح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير الفقار على الخلاف المتقدم وسببه انه ليس فى يده
بل يكفى المنع بان يقال لا نسلم انه محظور لانه ورد على مال مباح الخ **قوله** فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ فان وجدوها
بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه الصلوة والسلام فيه ان وجدته الخ وتقدم الكلام فى الحديث ونظائره فان قيل اخذه قبل القسمة اذا كان حكما

قال فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى اخذ به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشترى فى يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانية وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثانى بالثمن لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشترى الاول ان يأخذه من الثانى بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمن فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثانى غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته

لان ما يقتضى قيام ملكه اجيب بالمنع فان الواهب له ان يأخذ ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع تقدم على المالك و المشترى فى الاخذ ولا ملك له حاصله ان فى الشرع صور التقدم فيها غير المالك على المالك كما اريناك فلان يتقدم غير المالك اولى وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لاحد فى المغنوم قبل القسمة فجبر بصورة القوى لضرر يسير فان الشركة اعلى فى الحق دون الملك ثانيا هى شركة عامة فيخف ضرر كل واحد خفته كثيرة وصورة التشبيه شبيه اخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه فى اثبات ملك منتف بازالة ملك موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار والخلطة مع دفع ضرر اتلاف مال الآخر وشبه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك ابل بعوض بقدره وهى المسئلة التى ذكرناها وهذا لان الشارع لما لم يزل الملك لخاص لحادث للغازى فى مقابلة عناء حصل له بمقابلة مال بذله الا بيدله يعتدله النظر ويخف الضرر من الجانبين فلان لا يزيله بنفع ملك حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين اولى ولو ان التاجر اشتراه بعوض يأخذه بقيمة العرض ثم ولو ترك اخذه بعد العلم بشراء التاجر واخراجه من دار الحرب زمانا طويلا له ان يأخذه بعده فى ظاهر الرواية وفى رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة والظاهر هو الاول ولو وهبوه لمسلم اخذه مالكه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فى مقابلة ما كالمال او اقل من لماعة اذا كانت اذ المال ثابت معنى لان المكافاة مطلوبة والظاهر ايقاعها فلا يزال الا بالقيمة وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما اخذ الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شىء ولا يأخذه بعدها لانه لا فائدة فيه لان اخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان المثلى موهوبا من الكافر للمخرج له ليس فيه الا المثل وهو انه غير مفيد لما قلنا وكذا اذا كان الذى اخذه من الكفار مشترى بمثله قدرا ووصفا ليس لصاحبه القديم ان يأخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشترى باقل قدرا منه او بجنسه لكن ادون منه او احسن فان له ان يأخذه بمثل ما اعطى المشترى منه فرع اختلف المولى والمشترى منهم فى قدر الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله بالقهر فهو كالمشترى مع الشفيع اذا اختلفا فى الثمن الا ان يقيم المالك البينة انه اشتراه باقل فيثبت ذلك قوله فان اسروا عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى اخذه به من العدو ولا يأخذ الارش لان ملكه فيه صحيح لانه اخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشترى شراء فاسدا على ما سنذكر فلو اخذه اى الارش اخذه بمثله دراهم او دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو اخذه بزيادة او نقصان ولو كانت امة فباعها الغانم بالف فولدت فى يد المشترى وماتت فاراد المالك اخذ الولد فعند ابى يوسف له ذلك بالالف وعند محمد بحصته منها ولا يحط شئ من الثمن بما نقص من عينه لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن والعين كالوصف لانها تحصل بها وصف الابصار وقد فاتت فى ملك صحيح فلا يقابلها شئ من الثمن فلا يسقط بفواتها شئ منه وانما لم يقابل شئ من الثمن الوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شئ من الثمن ولهذا لو ظهر فى المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيئا بمقابلته ولو اشترى عبدا قد ذهبت يده او عينه قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن والعقر كالارش واستشكل بان الوصف انما يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول اما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقأ عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت فى يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا فى الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع بفعل قصدى قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كان جف شجر البستان ونحوه لا يقابله شئ من الثمن واجيب بهذا ورد على طلاقة قوله بخلاف الشفعة لان ذلك فى القصدى اما فى غيره فالشفعة والمسئلة التى نحن فيها سواء واجيب بان الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول فى الملك الفاسد موضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لانها مبنية على الامانة وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك فى الشفعة للمشترى كالقائم

ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رح ياخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشتريا او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

من حيث وجوب تحويله اليه الا في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن لمقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف تضمن فيه اي في البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل على تقوم الصفات هو الغصب انما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك مبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير ان الشرع اهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما بدله الى الآخر وفي الكافي قوله ان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء اخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه شيء ولو انه فقئ عيناه عند الغازي المقسوم له فاخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الاول اخذه من الفاقئ بالقيمة اعني عند ابي حنيفة وقالا بالقيمة سليما وهي التي اعطاها الفاقئ للمولى لانها فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه ولانه طرف وهو مقصود فهو كفوات البعض فليسقط حصته من القيمة كالولد مع الام هذا منتقض لمسئلة الهداية بل الوجه ان الفرق ان جنايات الطرف هنا الفعل الذي ملكه فكان معتبرا لتمامه اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بنقصه بخلاف مسئلة الكتاب لان الفاقئ غيره بغير رضاه فروع اسروا جارية واحرزوها ثم ظهر المسلمون فوقعت في سهم غانم فباعها بالف فولدت في يد المشتري فماتت فاراد المالك القديم اخذ الولد فعند ابي يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما اصاب الولد فهو حصته قوله وان اسر الكفار عبد المسلم فاشتراه رجل منهم بالف فاشتراه ثانيا او ثالثا من دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف فليس للمولى الاول وهو المأسور منه اولا ان ياخذه من الثاني وكذا لو كان الثاني غائبا كما سيذكر لان الاسر ما ورد على ملكه بل على الثاني فانما ثبت حق اخذه للمشتري الاول حتى لو ابى ان ياخذه لم يلزم المشتري الثاني اعطاءه للمولى الاول ولو كان المشتري الاول وهبه له اخذه مولاه من الموهوب له بالقيمة كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم اذا اخذه المشتري الاول من المشتري الثاني بالف فاراد المولى الاول ان ياخذه من المشتري الاول اخذه بالفين لانه قام عليه بذلك وهو وان تضرر بذلك ففي مقابلة العبد الذي عوضه بخلاف ما لو اخذه بالف فانه ليفوت الالف الاخرى على المشتري الاول بلا عوض اصلا فرع لو باع المشتري من العدو العبد من غيره اخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به ان مثليا فبمثله او قيميا بان كان اشتراه مقايضة فبقيمته لان المشتري الثاني قائم مقام المشتري الاول وليس للقديم ان ينقض العقد الثاني لياخذه من المشتري الاول بالثمن الاول الا في رواية ابن سماعة عن محمد فظاهر الرواية الاول فالوجه في المبسوط وفيه ان الكفار لو اسلموا قبل ان يبيعه لم يكن للقديم ان ياخذه قوله ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة الكائنة بالاحراز بدارهم مدبرينا ولا امهات اولادنا ولا مكاتبينا ولا احرارنا ونملك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب وهو الاستيلاء التام انما يفيد الحكم وهو الملك لما يرد عليه في محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم لا تثبت الحرية فيهم من وجه الاسلام بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم بالكفر ولا جناية من هؤلاء وتفرع على عدم ملكهم هؤلاء انهم لو اسروا ام ولد لمسلم او مكاتبا او مدبرا ثم ظهر على دارهم اخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوض الامام من وقع في قسمته من بيت المال قيمته ولو اشترى تاجر ذلك منهم اخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله فان ابق عبد لمسلم او ذمي وهو مسلم فدخل عليهم دار الحرب فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه وبه قال مالك واحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا لسقوط عصمته لانها لحق المالك وقد زالت يده وصار كما لو ندت اليهم دابة اي شردت من باب ضرب لان مصدره جار ندود كما جاز على هذا القياس وكما لو اخذوا العبد الآبق او غير الآبق

وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ندّ بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء لما بينا فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا للحالة الاجتماعية بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة رح ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب

من دارنا اذا احرز وحيث يملكونه فكذا هذا ولابي حنيفة ان العبد ظهرت يده على نفسه وهذا لانه آدمي مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يمكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده لتحقق يد المولى عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه سابقة على يد اهل الحرب لان اخذهم اياه لا بد ان يتراخى لحظة عن دخوله واذا سبقت يده يدهم صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الابق المتردد في دارنا اذا اخذوه لان يد المولى قائمة عليه ما دام في دار الاسلام حكما لقيام يد اهل الدار فيمكنه الاستعانة على وجوده والاقتدار باق فمنع ظهور يده على نفسه ولذلك المأذون في الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه وبخلاف الدابة التي ندت فانه لا يد لها على نفسها والضمير في قول المص لان سقوط اعتباره لليد وكان الواجب ان يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور اي سقوط اعتبار يده ولو كان العبد كافرا فان كان مرتدا ملكوه وان كان كافرا فهو ذمي تبعا لمولاه واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شئ سواء كان موهوبا لمن ادخله الى دار الاسلام او مشترى منهم او مغنوما قبل القسمة وبعدها الا انه اذا اخذه بعد القسمة يؤدي الامام عوضه من بيت المال للمأخوذ منه لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وتفرق المال في ايديهم وايدي غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم الا انه لو فضل من الغنيمة شئ يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع في بيت المال فاذا لحق غرامته كان فيه ولا يعطي المشتري شيئا اذا كان اشتراه لغير المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن في المشتري وبالقيمة في الموهوب كما في المأسور غير الابق وانما قيدنا اول المسألة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فاخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمي تبعا لمولاه وفي العبد اذا ابق قولان ذكره في طريقة مجد الائمة قوله وليس له اي للغازي او التاجر جعل الابق لاستحقاقه اذا اخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه قوله وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه وجه فيتفرع على ملكهم اياه انه لو اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فانما يأخذه مالكه منه بالثمن ان شاء قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى رجل ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شئ والمتاع والفرس بالثمن عند ابي حنيفة وعندهما يأخذ العبد ايضا بالثمن ان شاء وهذه متفرعة على ملكهم العبد الابق اليهم عندهما دونه واورد عليه ينبغي ان يأخذ الكل بلا شئ لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهر على ما في يده لانه مال مباح فيمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه تبعا اجيب بان غايته انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى في يده كما لو كان مملوكا للغائب فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الفرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والا ملكوا العبد والفرض ان هذا المال عليه يد فيمنع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم واجيب ايضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي ان يمنع استيلاء الكفار قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة حال كونه في دار الاسلام بطريق معين وهو البيع فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضي عليه ودفع ثمنه اليه وقد تعذر الجبر عليه فبقي عبدا في يده ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكا لهم فانهم اذا اخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال ان يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز حالة الاحراز ولابي حنيفة ان الجبر على البيع في دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن اذلال الكفر فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع ليتوصل اليه بخيرته تعين اخراجه بعوض لتعين بيعا للقاضي لقيام امانه تحرزا عن الغدر باخذ ماله ولولاه لاعتقناه عليه فاذا زال امانه وسقطت

وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر، وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيدًا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله، ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغمًا لمولاه أو بالتحاقه بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار، واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتًا على نفسه فالحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء فكان أولى

عصمة ماله بوجوده في دار الحرب يجب تخليصه بالإعتاق عليه غير أن إعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب إذ لا ينفذ قضاؤه على من ثمة فأقيم شرط زوال العصمة ماله وهو دخوله في دار الحرب مقام علة عتقه وهو إعتاق القاضي كما أقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي بعد عرض الإسلام على الآخر وإبائه فيما إذا أسلمت المرأة في دار الحرب، بخلاف ما إذا لم يبعه في دار الإسلام لأن للمولى حق استرداده فلو أعتقناه على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه إلى رقه جبرًا فكان ذلك مانعًا للمقتضي عن عمله، وقول المصنف فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب ليس بجيد لأنه إذا أسلم الزوج لا يفرق، وعلى هذا الخلاف إذا أسلم عبد الحربي ولم يهاجر إلى دار الإسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافًا لهما لأن العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم إذ زال قهره إلى المشتري فصار كما لو كان في يده، وله أن قهره زال حقيقة بالبيع ولأن إسلامه يوجب إزالة قهره إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة فأقيم ما له أثر في زوال الملك مقام الإزالة وهو البيع (قوله وإذا أسلم عبد الحربي ثم خرج إلينا أو أسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار فهو حر وكذا إذا خرج عبيد إلى عسكر المسلمين مسلمين) ولم نعلم فيه خلافًا بين أهل العلم لما روى أبو داود مسندًا إلى علي رضي الله عنه قال خرج عبدان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هربًا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله، وفيه أحاديث قدمناها ومنها إسلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكرة والمنبعث مقدم في كتاب العتق فليرجع إليها، فهذا دليل عتقهم إذا خرجوا إلى المسلمين، وأما عتقهم إذا ظهرنا على الدار بعد إسلامهم فلأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج إليهم فامتنع بهم، وقوله واعتبار يده الخ جواب عن مقدر وهو أنه لم يعتق بمجرد إسلامه في دار الحرب اتفاقًا وإنما الخلاف فيما إذا عرض للبيع فباعه فقد وردت يد الغانمين على مال مباح لأن الإسلام لا ينافي استرقاقهم، أجاب بأن للعبد يدًا على نفسه على ما تقدم وإنما لم يظهر في حق المولى ليتمكن من الانتفاع ثم هي أسبق من يد المسلمين، أما في المولى الكافر فيستحق الحكم بالعتق تخليصًا للمسلم من إذلال الكافر، ولأن مجرد أصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد إذ لا قرار له بدونه فكانت منعة الغانمين هي المؤكدة لها فيعتق بها، ولو أسلم العبد ولم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق إلى أن يشتريه مسلم أو ذمي فيعتق، قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا تثبت ولاء، أي ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلمًا لأحد لأن هذا عتق حكمي، وإن لم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار لم يعتق إلا إذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشتري العبد أو لم يقبل لأن العبد استحق حق الإعتاق بالإسلام لكنا نحتاج إلى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه، وقيد المراغمة يحترز به عما لو خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجته فإنه إذا خرج كذلك فأسلم في دارنا حكمه أن يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لأنه لما دخل بأمان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به ومعه من المال. فروع: ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعًا فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له، ثم تبطل الجناية دون الدين لأن حق ولي الجناية في الرقبة ولا يبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية، وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه، ولو اشتراه رجل وأصابه المسلمون في الغنيمة فأخذه المولى [illegible] من الجناية والدين عليه لأنه يعيده إلى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتًا في قديم ملكه، ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لأن المستحق به نفسه فلا يبطل بزوال ملك المولى كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص، ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل أو اشتراه فأعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لأنه لم يبق قابلًا للنقل من ملك إلى ملك ولأن الولاء لزم للمعتق على وجه لا سبيل إلى إبطاله، ولو كانت أمة فتزوجها فولدت من الزوج فللقديم أن يأخذها وولدها لأنها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء منها فيثبت له حق الأخذ

لأن

اليهم

بعتقه

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدراً والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعاً فان غدر بهم اعني التاجر فاخذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثاً فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناً

بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين الا ترى انه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وان كان جزءاً ففي المال هو محل آخر بخلاف حق المولى قوي لا يبطل ببيعه وهبته فيسري الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه تمكن من الاخذ بلا فسخ والنكاح لازم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما اخذه من عقرها وارش جناية عليها ولو لم يزوجها المشتري فله وطيها قبل ان ياخذها المولى وثبوت حق اخذه لا يمنع وطي المالك ولو اسروا جارية مرهونة بالف وهي قيمتها واشتراها رجل بالف اخذها مولاها الراهن بها ولم يبق رهناً لانها ثاوية في حق المرتهن فهو كالمجيز لملكها ولا ياخذها المرتهن الا ان يرد على الراهن الالف وان كان الثمن اقل من الالف كان للمرتهن ان يؤدي ذلك الثمن فتكون رهناً عنده لانه مفيد ولو اسلم على ما اخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذمياً وكذا اذا باعه من حربي آخر ولو خرج الينا بامان ومعه المال لا سبيل عليه الا انه اذا كان عبداً يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من اعادته الى دار الحرب واذا لم ولو اسروا جارية وديعة عند رجل او عارية او اجارة فحق الاخذ اذا اخرجت بشراء او غنيمة لمالكها الا ان ثبوت حق الاسترداد للمالك لا للبد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا الكل من هؤلاء الاسترداد لان كلا منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب وان كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازها توجب ان يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكماً والمسئلة في دار الاسلام حكماً وان كانت في دار الحرب حقيقة

باب المستأمن اخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستيمان بعد القهر فاورده كذلك وتقديم استيمان المسلم على الكافر ظاهر

قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لانه بالاستيمان ضمن لهم ان لا يتعرض لهم فاخلافه غدر والغدر حرام بالاجماع وفي سنن ابي داؤد عنه عليه الصلوة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلوة والسلام لامراء الجيش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا في وصية لهم ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من اهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا ان نشتري من الطائفة الغالبة شيئاً من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدراً بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فاقول يشترط ان يحوزها الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون ان من قهر آخر في نفسه او ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بامان فجاء رجل بامه او ابنه او ام ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فاكثر المشائخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منه والعامة يقولون ان كانوا يدينون ان من قهر آخر ملكه فهؤلاء ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون احراراً فيمتنع بيعهم ولو جاء ببعض احرارهم قالوا ان كانوا يدينون ان من قهر شخصاً ملكه جاز شراؤه منه والا لا مع ان هذا ليس فيه احراز بدار الاخرى غير دار المقهور وقوله الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم الخ استثناء من قوله لا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم ايضاً وقد صرح به حيث قال فيباح له التعرض وان اطلقوه وتركوه في دارهم طوعاً او اعتقوه لانه لم يستأمن وعتقهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فله ان يقتل من قدر عليه سيده او غيره وياخذ ماله ويملكه ملكاً لا خبث فيه فان غدر بهم التاجر فاخذ شيئاً واخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكاً محظوراً لورود الاستيلاء على مال مباح عند عدم الاحراز الا انه بسبب محرم فاورثه خبثاً فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وانما يملك مع حرمته مباشرته بسبب الملك

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لأن المحظور لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك كما في البيع الفاسد وقوله على ما بيناه يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فإن حرمة وطئها على المشتري خاصة ويحل للمشتري منه لأن المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وبيع المشتري انقطع حقه ذلك لأنه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالأول فيه أما لو سبا قوم أهل الدار التي هو فيها جاز له أن يشتري منهم من السبايا لأنهم ملكوها بالإحراز وما كانوا على أصل الإباحة في حقه وإنما منعه الغدر وليس ذلك غدرا **فرع نفيس في المبسوط** لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار إلا إن خاف على نفسه لأن القتال لما كان تعريضا للنفس على الهلاك لا يحل إلا لذلك أو لإعلاء كلمة الله وهو إذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء إلا إعلاء للكفر ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا ذراريهم فمروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم إذا كانوا يقدرون عليه لأنهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الأموال لأنهم ملكوها بالإحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لأموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لأنهم مسلمون **ومن فروعه** لو تزوج في دار الحرب منهم ثم أخرجها إلى دار الإسلام قهرا فيفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وإن طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لأنه لم يملكها وعلم أنهم أفادوا في تصويرها ما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجها ليبيعها أو لا بينة فإنه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء إذا أوفاها معجل مهرها ينبغي أن لا يملكها قوله فإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج المسلم إلينا واستأمن الحربي فخرج أيضا مستأمنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة على واحد منهما ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم أحكام الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم في المستقبل ولكن يفتى بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف رحمه الله يقضي على المسلم عدم القضاء كما في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويستشكل قولهما بأن المسلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضا مما يحتاج إلى موجب وأجاب في الكافي بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك والإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وأما أنه لا يقضي بالغصب لكل منهما فلأنه صار ملكا للذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو مسلما مستأمنا على ما بينا أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لأن الغرض أن كلا منهما خرج إلى دار الإسلام وفي غصب المسلم إذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ إلا أن المسلم المستأمن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد أفتاء لا قضاء لما يقع معصية الغدر وفي كلام المصنف إشارة إليه كما ترى وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك أي أدان أحدهما صاحبه أو غصبه ثم خرجا إلينا مستأمنين لما قلنا فإن خرجا مسلمين وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه يقضي بالدين بينهما خاصة دون الغصب أما القضاء بالمداينة أي بالدين فلأنها حين وقعت وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما بأحكام الإسلام ولا ترجيح لأحدهما على

وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد فمراده الفتوى به لأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم
وهو نقض العهد وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ أما الكفارة فلإطلاق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار
الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما تجب الدية في ماله لأن العواقل
لا تعقل العمد وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه
أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رح وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل
بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولأبي حنيفة رح أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته
مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا

الآخر إذ لم يقض لأحدهما دون الآخر بل سوينا بينهما على قول أبي يوسف رح لا يحتاج إلى هذه المساواة إذ يقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا وأما
الغصب فإنما لا يقضي به لأنه لا يقضي فيما ملكه ولا خبث في مال الحربي ليؤمر بالرد وفيه إشارة إلى ما قدمنا ذكرها قوله وإذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين
إلى آخره عرف أحكامهما مما تقدم قوله وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل عمدا الدية في ماله ولا كفارة عليه وعلى
القاتل خطأ الدية في ماله أيضا وعليه الكفارة كذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر قاضيخان في الجامع الصغير أن هذا قول
أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول الشافعي رح ومالك وأحمد لأنه قتل شخصا معصوما بالإسلام عدوانا وذلك موجب القصاص
وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى ولأبي حنيفة أنه مكثر سوادهم من وجه ولو كثره من كل وجه بأن كان متوطنا هناك لا يكون معصوما
فإذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص ثم ذكر شمس الأئمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الإملاء لأن
المسلم حيث كان هو من أهل دار الإسلام لا ينتقض إحرازه نفسه بدار الإسلام والقصاص حق للولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة إلى ولاية الإمام ووجه
الظاهر يندرج فيما سنذكر قال المص أما الكفارة يعني في الخطأ فلإطلاق الكتاب يعني قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة ووجوب الدية لأن
العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول إلى دار الحرب بالأمان وإنما لا يجب القصاص في العمد لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بالمنعة
ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلا فائدة في الوجوب وإذا سقط القصاص وجبت الدية لأنه لسقوطه بعارض مقارن
للقتل بقاتل كقتل الرجل ابنه ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الإمام إقامته إذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل
إذا قدر عليه لأن القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب
إذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع إلى قاض ليطالبه بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فإن ولايته منعدمة عند السبب وعليه أن
يقضي بالثمن عند المرافعة لأن العصمة المؤثمة بالإسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاؤه إلا بإمام
منتف لما ذكر عن أبي يوسف أن الإمامة ينفرد بها الولي فمنعه منه خلاف الدليل فالأقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص
بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه إذ يمنع كون ذلك الشبهة توجب السقوط أو أن دار الحرب دار إباحة فالكون فيها شبهة دارئة وقد يقال
إن قلتم دار إباحة للقتل مطلقا فممنوع أو قتل الكافر فيه ولا يفيد ويجاب بأن كونها دار إباحة في الجملة كاف ألا ترى أن من قتل رجلا قال له اقتلني
لا قصاص عليه من أن إباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل إباحة من جهة وقد جعل ذلك مانعا إلا أن نمنع عدم القصاص في قوله اقتلني
فإن قيل ما ذكرتم يخالف إطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فإنه قتل وليس يجب به
قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضا قال وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ إنما يجب أيضا في
ماله لأن وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه في ذلك ولا تقصير منهم في ذلك إذا كان في دار الحرب قوله وإن كانا أي المسلمان
أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل من أحكام الدنيا إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رح وإنما عليه عقاب
الآخرة في العمد وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بالاستئمان على ما بيناه يعني من قوله
لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان فكان الأسيران كالمستأمنين وأما امتناع القصاص

فصل قال: اذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فيكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف ان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين

فلعدم المنعة كما ذكرنا وتجب الدية في ماله لما قلنا ان العواقل لا تعقل العمد بذا وقياس بالقتل قاضيخان عنهما في المسلمين المستامنين من وجوب القصاص في العمد انهما يقولان به في الاسيرين لان الوجوب يعمهما ولابي حنيفة وهو الفرق بين الاسيرين والمستامنين ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم حتى يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا لان الاصل غير معصوم فكذا تبعه وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا في سقوط عصمته الدينوية بجامع كون كل منهما مقهورا في ايديهم وانما خص الكفارة بالخطا لانه لا كفارة في العمد عندنا كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب ان يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

فصل قوله واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ثم يرجع بل يقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية واصل هذا ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عينا لهم اي جاسوسا وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وهو ما يجلب من حيوان وغيره ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان اقامها بعد تقدم الامام اليه اي قوله له ما يعتمد في ضرب الجزية عليه صار ذميا فلا يمكن بعدها من العود الى داره لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصييره ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين ولا يؤخذ منه جزية للسنة التي اقامها الا ان قال له ان اقمتها اخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط التقدم الامام اليه في منعه من العود اذا اقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو اقام سنين من غير ان يتقدم اليه الامام فله الرجوع قاله صاحب الدراية وعبارة صاحب المبسوط من غير اختصار على ما فيه وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيامره بالخروج الى داره على سبيل الاعذار والانذار وفي التقدم اليه ان يبين مدة فيقال ان خرجت الى وقت كذا والا جعلتك ذميا فان خرج بتركه ليذهب وان لم يخرج لم يمكنه من الخروج بعد ذلك وجعله ذميا وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول لا يمكنه من الخروج فتعقبه الشيخ المحقق الشارح بان ذلك ليس بلازم للفظه لان المطلوب دلالته على ذلك انما هو قوله وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول والاكثر ان ليس المراد به عدم التقدير اصلا لا بمدة معينة ولا مبهمة ولفظ المبسوط يدل على ان تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه ان يتقدم اليه فيامره الى ان قال وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لانه يصدق بقوله ان اقمت طويلا منعتك من سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم غير انه لم يوقت له مدة خاصة والوجه ان لا يمنعه حتى يتقدم اليه والا ان يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين يلحقه عسر بتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها الى مدة مديدة فرع لو مات المستامن في دار الاسلام عن ورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد ان يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا فان اقاموا بينة من اهل الذمة قبلت استحسانا لانه لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان انسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال واخذ منهم كفيلا الا انه في المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول ابي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل الذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا او رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفا احسن منه فان كان مثل الاول او دونه مكن ومن وجد في دارنا بلا امان فهو وما معه فيء فان قال دخلت بامان لم يصدق ويؤخذ ولو قال انا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة يعرف ذلك كان امنا فان الرسول لا يحتاج الى امان خاص بل بكونه رسولا يامن وان لم يعرف فهو فيء فيكون هو وما معه فيئا واذا دخل دار الاسلام بلا امان فاخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند ابي حنيفة بل يكون

وان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا نغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام

ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رح فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رض ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس

فيا لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن ابي يوسف وظاهر قول ابي يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل ان يؤخذ فعند ابي حنيفة يؤخذ ويكون فيا للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى حتى يخرج قوله فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا وكذا لو اشترى عشرية فانها تصير عشرية على قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول ابي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت احكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا اتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام الجمة التي نبه عليها المص والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزامه له واخذه منه عند حلول وقته ومنه باشر السبب وهو زراعتها او تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه او زراعتها بالاجارة وهي في ملك غيره اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الارض التي استاجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذميا اذا حل وقت الاخذ بعدم الاخذ منه وكذا اذا اخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض الخراج ونحوه لان الامام قط لا يقول في كل قطعة ارض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة الاراضي المعلومة استمر على كل من صارت اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز انه اشتراها للتجارة ولا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها او زراعتها قوله واذا دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية ففي تزوجها مسلما اولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الائمة الثلاثة في الحربية ايضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق بان تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فان في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحين اقدمت عليه كانت ملتزمة ما ياتي منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على ارضها ونحو ذلك قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذميا او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الاسلام من ماله ما دام حيا فان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير ان يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام مشمول بامانه ما دام في دارنا وبه قال الشافعي واحمد فان قيل ينبغي ان يصير فيئا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم يكون فيئا لا تكون يد المودع كيده في دار الاسلام اجيب بالفرق بان ما في دار الحرب معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف ما في دار الاسلام يثبت في كل وجه فيبقى الى ان يثبت المزيل وهو ان يصير نفسه مغنوما وذلك بان يؤسر او يظهر على داره فيقتل فح تصير الوديعة فيئا لعامة المسلمين توضع في بيت المال لانها في يده تقديرا اذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لانها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها يختص بها المودع لما ذكره المص في الدين واما الدين فيسقط عمن في ذمته لان ثبوت يده عليه منتف اذ قد صار ملكا للمديون وانما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين اذا حققت هذا ظهر لك ان اختصاص المديون به ضروري غير محتاج الى تعليله بان سبقت يده اليه قوله ما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال اي ما اعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا واوجفته اذا حملته على الوجيف يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام

ومن دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل وأما الأولاد الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم إذ الدار واحدة وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له لأنه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك في الغنيمة أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوما لأن يد الحربي ليست يدا محترمة وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الأصل ولنا قوله تعالى فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملا أعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض والأموال تابعة لها أما المقومة فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال إليها

التي لا مالك لها فيها الجسور والقناطر ودجلة وإلى أرزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يخمس به ولا شيء منه لاحد قال وهو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيهما وفي بعض النسخ فيهما أي الأرض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بالهمزة أي أخرجهم فجلوا أي خرجوا وأجلى القوم أيضا خرجوا فكل من ذي الهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعي أن كل مال أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم يخمس وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي الجديد يخمس ولأحمد في الفيء روايتان الظاهر منهما لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف إلى ما يصرف إليه خمس الغنيمة عنده على ما مر وذكروا أن قوله في الجزية خالف الإجماع قال الكرخي ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا في عصره ووجه قوله القياس على الغنيمة تمامه أنه مال مأخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المصنف بعمله عليه الصلاة والسلام فإنه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل قط من ذلك أنه خمسه بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة ومخالفة ما قضت به العادة باطل فحيث روي أهل القدوة خلافه وإن كان فيه ضعف أخرجه أبو داود عن ابن عدي بن عدي الكندي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى من سأله عن مواضع الفيء أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم وأما ما في السنن عن عمر رضي الله عنه كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهل بيته نفقة سنة فما بقي جعل في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله ومعناه أن التصرف فيها كان إليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا فإن مصالح بيت المال إذ ذاك لم يكن أكثر من نفقة الأئمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح وهو نفقته عليه الصلاة والسلام إذ لم يكن إذ ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر وأما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بأنه كان يفعل ما تحققت الحاجة وقدرته عليه أما القياس ففي تقرير المصنف دفعه وهو قوله مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى [illegible] وهذا ما ذكرنا من السبب الخالي عن القتال فلم يكن للعامة مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة قوله وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم ههنا أي في دار الإسلام ثم ظهر على الدار للمفعول أي ظهرنا [illegible] أما المرأة والأولاد الكبار فلأنهم حربيون ليسوا بأتباع الذي خرج لأنهم كبار وكذا ما في بطنها لو كانت حاملا يكون فيئا موقوفا لما قدمناه في باب قسمة الغنائم [illegible] أما الأولاد الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا بإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك فكذا [illegible] لا تصير محرزة بإحرازه نفسه بالإسلام باختلاف الدارين فيبقى الكل فيئا فأما إذا أسلم في دار الحرب ثم جاء إلينا فظهر على الدار وباقي الصورة بحالها فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ولو كان في بلدة أخرى غير البلدة التي هم فيها إذ الدار واحدة وما كان له من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو سالم له لأنه في يد محترمة ويده كيده لأنه نائب عنه في الحفظ بخلاف ما لو كان في أيديهما غصبا فإنه يكون فيئا لعدم النيابة وعند أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيئا إلا ما كان من غصب عند حربي وهو قول الأئمة الثلاثة وتقدمت هاتان المسئلتان مع أخريين في باب الغنائم مستوفى قوله وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون صالحون لاستيفاء القصاص والدية فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد وهو قول مالك وأحمد لأنه أراق دما معصوما بالإسلام لكون الإسلام مستحقا للكرامة وهذا

ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له او قتل حربياً دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفساً معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمداً فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عيناً وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

ولان العصمة اصلها العصمة المؤثمة لحصول الزجر بها اي بالعصمة ولو قال بها اي بالاثم كان احسن والعصمة المقومة كمال فيها اي في اصل العصمة لكمال الامتناع بها اي بالتقوم على المنتهك لها فتعلق هذه العصمة بما تعلق به الاصل اعني المؤثمة وقال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فتنصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه في القتل الخطاء لم يسكت على منع القصاص في العمد لكنا بما ذكره في المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى افاض في تفاصيل موجبات القتل الخطاء فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان اي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف انه تمام الموجب فانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بياناً للموجب بل لبعض موجبه وزاد المص وجهاً آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعاً الى حرف الفاء وقرر بان الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي فكان جزاء فلان اي كافياً وهو سهو لان لفظ الجزاء المحمول معنى الفاء غلط اصطلاحي اي جعلي لا ان اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء الكافي بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء اي دالة على ان ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي المسبب جزاء اصطلاحاً لا لغة فليتأمل ولان العصمة المؤثمة في الاصل بالآدمية لا بوصف الاسلام لانه خلق متحملاً اعباء التكليف والقيام بها لا يمكن الا بحرمة التعرض له وانما ثبت تعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاصل فيها الاموال لا النفوس لان التقوم يؤذن بجبر الغائب ومن شرطه التماثل وهو في المال لا النفوس وكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر فاوجب بطلانها فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستأمن اذا قتل في دارنا الدية اجاب بانهما من اهل الحرب حكماً لقصد الانتقال اليها فلم يجب شيء واما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا مني دماءهم فنقول لا شك في ثبوت العصمة شرعاً ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا فقد قال عليه الصلوة والسلام الا بحقه ومن حقه ان يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو الا ان هذا لا ينتهض في الاسير المسلم قوله ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له او قتل حربياً دخل دار الاسلام بامان فاسلم ثم قتله خطاً فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفساً معصومة بالاسلام ودار خطأ ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له بالعرض لان المأخوذ ملكه بل يوضع في بيت المال وان كان قتل المسلم الذي لا وارث والمستأمن الذي اسلم ولم يسلم معه وارث قصداً او لا تبعاً بان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا عمداً فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية منه بطريق الصلح لا الجبر لان موجب العمد عندنا القصاص عيناً الا ان يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت انفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة اخرى هو ان ينزجر امثاله عن قتل المسلمين فيرى ما هو انفع في رأيه وبما ذكرنا ظهر ان الاولى ان يقول وهذا لان الدية قد تكون انفع والا كان يتعين الصلح منه عليها واما ان يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ولو كان المقتول لقيطاً فقتله الملتقط او غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمداً فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالتي قبلها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا اقتله لانه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنا فاشتبه من له القصاص فلا يستوفي

باب العشر والخراج

١٩٠ قال أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام والسواد كلها أرض خراج وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث إلى عبادان لأن النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام قال وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رءوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فإن رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج

كالمكاتب الذي قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء ولها ابنة لا يعلم هو لي ولا هو في منعته فاحتمال كونه لبنه في نفس الامر لا يفيد إذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الأمر سواء لأنه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى

باب العشر والخراج لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما يتوجه من الوظائف المالية إذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه وفي تفاريعها كثرة فأورد بما في هذا الباب وقدم خراج الأرض لأن الكلام فيه كان بقرب عهد بتقريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميما لوظيفة الأرض لأنها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لأن فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الأرض أو ثمار الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والرأس وحد الأراضي العشرية والخراجية ولا يتجه أضبط فقال أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب وهو ماء لتميم وذكر ضمير الأرض باعتبار خبره وهو لفظ ما في قوله ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن وفي بعض النسخ وهو على الظاهر وحجر بفتح الجيم وإسكانها خطأ لأن أبا يوسف قال حد أرض العرب ما وراء حدود الكوفة إلى أقصى صخر باليمن فعرف أنه حجر بالفتح والمراد إلى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة في آخر موضع من اليمن وقولهم من أول عذيب القادسية إلى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة هذا طولها وعرضها من رمل يبرين للدهناء ويعرف برمل عالج إلى مشارف الشام أي قراها وقد يعبر بمنقطع السماوة قال الكرخي وهي أرض الحجاز تهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لأن بحر الحبشين وبحر فارس والفرات أحاطت بها وتسمى حجازا لأنه حجز بين تهامة ونجد والسواد أي سواد العراق أي أرضه سمي به لكثرة اخضراره وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضا ومن العلث إلى عبادان طولا ويقال من الثعلبية إلى عبادان قيل هو غلط لأن الثعلبية بعد العذيب بكثير إذا عرف ذلك فأرض العرب كلها عشرية لأنه عليه السلام والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولو فعلوه لقضت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل قضاء العادة على أنه لم يقع ولأن شرط الخراج أن يقر أهلها عليها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم إلا الإسلام والسيف ولأنه كما لا رق على العرب فكذا لا خراج على أرضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجي لأن عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين وإنما يحتاج إلى ذلك في تقادير الموضوع وقوله ووضع على مصر أخرج الواقدي إلى شيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رءوسهم والخراج على أرضيهم ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك وأسند عن يزيد بن الحارث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجهم إلى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج إليه ولقد استبطأه عمر رضي الله عنه في الخراج سنة فبعث بكتاب يلومه فيه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من أن مصر فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي عمرو بن العاص والخراج على أراضي الشام فمعروف قيل ومدينة الشام فتحت صلحا وأرضها عنوة على يدي يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجنادين صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه وفي والها الفتح في المشهور وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رءوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها وقدمناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وقف على المسلمين فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات قوله وكل أرض أسلم أهلها عليها فأحرزوا أنفسهم فيها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي عشرية لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة ولأنه أخف حيث

وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج **قال** ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رح معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رض لان حيز الشئ يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رض وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رح ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه

ان يتعلق الواجب بنفس الخارج فلا يؤخذ ما لم يكن خارجا فهو اليق بالمسلم (وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم الا ان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره في آخر الفصل ان شاء الله تعالى ومكة مخصوصة من هذا العموم فانها فتحت عنوة على ما اسلفناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة ولم يوظف عليها خراجا ونخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم اخرج مسلم عن ابي هريرة انه ذكر فتح مكة فقال اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث ابا عبيدة على الجيش فاخذوا بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبة قال فنظر الي فقال يا ابا هريرة قلت لبيك يا رسول الله فقال اهتف لي بالانصار فلا ياتيني الا انصاري فهتف بهم فجاؤا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم وبشت قريش اوباشها فقال لهم الا ترون الى اوباش قريش واتباعهم ثم قال بيده فضرب احديهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال ابو هريرة فانطلقنا فما شاء منا احد ان يقتل ما شاء منهم الا قتله (الحديث بطوله فاضمم هذا الى ما هناك وقد ذكر القبقي ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس واصفهان فتحت عنوة لعمر رض على يدي ابي موسى وعثمان بن ابي العاص وعتبة بن غزوان وكانت اصبهان على يدي ابي موسى خاصة واما خراسان ومرو ورود ففتحتا صلحا في خلافة عثمان رض على يدي عبد الله بن عامر بن كريز واما ما وراءها فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك على يدي المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فافتتحها ابو موسى في خلافة عثمان رض صلحا وفي ولايته فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة واما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحها عبد الله بن عباس في خلافة عثمان رض صلحا وافتتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن واما الجزيرة ففتحت صلحا على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فادوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل واما اليمامة فافتتحها ابو بكر رض واما الهند فافتتحها قاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ وقد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع او زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري وفي الجامع الصغير وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدوري كل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج مطلق فهو اعم من ان يصل اليها ماء الانهار او لا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع يقيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع ان الارض التي اقر اهلها عليها لو كانت تسقى بعين او بماء السماء لم تكن الا خراجية لان اهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم ارض عشرية ومعلوم ان العشرية قد تسقى بعين او بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك انما في الابتداء فهو ايضا يمنعه والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال فصارت ارض خراج وكل ارض يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وكل ارض لا يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيه عين فهي ارض عشر والاراضي التي اسلم اهلها عليها فهي ارض عشر فقوله وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج عطف على كل ارض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج وكل ارض لم تفتح عنوة ووصفها انها يصل اليها ماء الانهار

قال والخراج الذي وضعه عمر رض على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رض فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين ألف ألف جريب

فهي أرض خراج وحاصله تقسيم أرض الخراج إلى ما فتح عنوة وإلى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الأنهار ثم يجب تقييد الأول بأن يقر أهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوم إذ لا يبتدى المسلم في أول الفتح قطعا بتوظيف الخراج في الأراضي المقسومة كما يجب تقييد الأنهار فإنها لا تكون خراجية إلا من الأنهار العظام كالنيل والفرات. الحاصل أن التي فتحت عنوة إن أقر الكفار عليها لا يوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر وإن قسمت بين المسلمين لا يوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الأنهار وإذا كان كذلك فبالضرورة يراد الأرض التي أحياها الحي فإن التي فتحت عنوة مما يبتدى فيها التوظيف غير المقسومة وهو المقر أهلها عليها ليس إلا الموات التي أحييت ويتعين المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج إذا أقر أهلها عليها وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم إن كان صفتها أنها يصل إليها ماء الأنهار فهي خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول أبي حنيفة ولو شرح كذا استغنى بها عن ذكر المسألة التي تليه فإنها هي وحاصلها أن محمدا قال فيمن أحيى أرضا ميتة ببئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجلة والفرات وباقي الأنهار العظام التي لا يملكها أحد أو بالمطر فهي عشرية وإن أحياها بماء الأنهار التي شقها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهي خراجية لأن الاعتبار في مثله للماء لأنه السبب لنماء الأرض ولأنه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقي لأن السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فيصير خراجية عليه وعند أبي يوسف يعتبر حيزها أي بالقرب منها فإن كانت من حيز أراضي الخراج أي بقربه فخراجية أو أرض العشر فعشرية لأن القرب من أسباب الترجيح فيترجح كونها خراجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك وأصله أفنية الدور أعطى لها في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها فهو غير مملوك له وهو من أجل أنه أحق بالانتفاع لو قال المستأجر للأجير ابن في فنائي وليس لي فيه حق الحفر لكن احفر فحفر فالضمان عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لأن كونه فناء بمنزلة الدار مملوكا في الإطلاق بيده في التصرف من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فإنها عشرية وهي وإن كانت من حيز أرض الخراج لإجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر فترك القياس فيها كذلك هذا وقد ظهر من قوله ولأنه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الخ أن المراد بموضوع المسألة أعني قوله ومن أحيى أرضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك حتى لو أحياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء أو نحوه أو لا وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر منه أيضا أن كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما إذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لأن الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فالسقي بما حموه وجب فيه قوله والخراج الذي

وظفه عمر رض على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ثمانية أرطال خلافا لأبي يوسف ثم نص على الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف حدثني السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رض فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء عملت أو لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الأصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة يزرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سواء وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج هو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية أرطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة أو شعيرا أو عدسا أو ذرة قاله الطحاوي واستخرج الدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لأن ذراع العامة ست قبضات وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم في الأراضي كلها بل جريب الأرض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف أهله يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه أن تحد الواجب هو قفيز ودرهم مع اختلاف

وضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها

والمقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف اخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها واما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شيء فيه من الخارج وفي جريب الكرم المتصل و النخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رض وقيل بالاتصال لانها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة لا شيء فيها بل المعتبر وظيفة عمر رض على ما في الزرع وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة ارضها فهي ارض كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو انبت ارضه كرما فعليه خراجها الى ان يطعم فاذا اطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان اقل فنصفه الى ان ينقص عن قفيز ودرهم فان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى ان يطعم الكرم ثم ذكر المص الرواية عن عمر رض بذلك فقال انه بعث عثمان بن حنيف حتى مسح سواد العراق وهو الذي اخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن ابي طالب رض حين اخى بين المهاجرين والانصار وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رض في غير نكير فكان اجماعا منهم قال شارح في قوله وضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال وضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج ولا يخفى ان مرجع اسم الاشارة الست والثلثون الف الف اي وضع على الجريان المقادير التي ذكرناها ولا سهو فينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية ابي يوسف بهذا وهو منقطع لان الشعبي لم يدرك عمر رض واعلم ان الرواية عن عمر رض اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن ابي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رض على اهل السواد على كل جريب ارض يبلغه الماء عامرا او غامرا درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وعشرة اقفزة ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبعا للارض ثم حدثنا عن ابي اسامة عن قتادة عن ابي مجلز قال بعث عمر رض عثمان بن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر اربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال ابو عبيدة في كتاب الاموال ثنا هشيم بن بشير انبا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى ان قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من ارض اهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر اربعة دراهم وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال واخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رض فرضي به فقد رايت ما هنا من الاختلاف ومالك يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فيفوض الى الاجارة كما هو الرسم الان في اراضي مصر فان الماخوذ الان اجرة لا الخراج الا ترى ان الاراضي ليست مملوكة للزراعة وهذا البعد ما قلنا ان ارض مصر خراجية والله اعلم كانه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير خلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبغي على هذا ان لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة لعدم وجود ما ينفقه سواه ولذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان الاشرف برسبائ رحمه الله الارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك واحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة او شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر رض صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها اقل وبعضها اكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية وما قلنا اشهر رواية وارفق بالرعية ثم ذكر المص المعنى في اختلاف الوظيفة فقال ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة لانه يبقى على الابد بلا مؤنة واكثر ماء ريعا والمزارع اقلها ريعا واكثرها مؤنة لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحرث والحصاد والدياس والتذرية في كل عام والرطاب بينهما لانها لا تدوم دوام

قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليه بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج ولا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار اخر وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي شيء كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رح اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رح لا يجوز لان عمر رضه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليهم لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الخارج عند خروج الخارج قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا ومن انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال

الكرم وتكلفة لعمارة كل عام توجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة بصله قوله عليه الصلوة والسلام ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر قوله وما سوى ذلك اي من الاراضي التي فيها اصناف غير ما وظف فيه عمر رضه كالزعفران والنخيل الملتفة كالبستان لا يصلح نظيرا لانه ارض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة يوضع على ذلك بحسب الطاقة فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله الى غلتها فان لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع والرطبة يؤخذ خراج الرطبة او الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج لان التنصيف بعد ما كان لنا ان نقتلهم ونتملك رقاب الاراضي والاموال عين الانصاف قوله فان لم تطق ما وضع عليها بان لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا افاد في الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضي لا تطيق ان يكون الخراج قيمته بان كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز ان ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وفي هذا لا فرق بين الارضين الذي وظف عليها عمر رضه ثم نقص نزلها وضعفت الآن او غيرها واجمعوا على انه لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضه في الاراضي التي وظف فيها عمر رضه او امام آخر مثل وظيفة عمر رضه كذا في الكافي واما في بلدة اراد الامام ان يبتدئ فيها التوظيف فعند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يزيد وقال محمد رح يزيد وهو قول مالك واحمد ورواية عن ابي يوسف وقول الشافعي رح له ذلك معنى هذا اذا كانت الارض التي فتحت بعد الامام عمر رضه تزرع الحنطة فاراد ان يضع عليها درهمين وقفيزا وهي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد ما ذكرته عن حمل الارض في قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل ارض عمر رضه ومنعه ابو يوسف بان عمر رضه لم يزد حين اخبر بزيادة طاقة الارض ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون اخاف ان تكونا حملتما الارض ما لا تطيق قالا حملناها امرا هي له مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن علي بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر رضه فقال ارض كذا وكذا يطيقون من الخراج اكثر مما عليهم فقال ليس اليهم سبيل قوله وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة لا خراج عليها اما في غلبة الماء وانقطاعه فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج واما في الاصطلام فلفوت النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم ان اكثر المشائخ حملوا المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا فان بقي لا يسقط الخراج لانه عطلها وفي الفتاوى الكبرى تكلموا ان المعتبر فيه زراعة الحنطة او الشعير ام اي زرع كان وان المعتبر مدة تدرك الزرع فيها او مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على انه مقدر بثلاثة اشهر وهو لا ينافي الوجه الثاني لان ادارة الحكم على حقيقة الخارج وان اسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان واما الوجه الاول فصريح في نفي الوجوب وان بقي امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشائخ هذا واعادة الزرع تستدعي نوعا كالاول فان اخرج شيئا فقصاراه ان يفي بالخرجين فاخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تجبر اصل مال الزرع وكذا ان زرع قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة كان ثابتا وهو الذي فوته اي فوت الريع وهذا شرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فاما اذا لم يتمكن لعدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي او يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من

ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضه اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رح يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض

المشتري وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في اثناء السنة فان بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن ابي يوسف انه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح ايضا ومن فروع ذلك ما اذا انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت شيئا يزرع الكرم فزرعها حبوبا اخذ منه خراج الاعلى وهو الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة على المسلمين قالوا ولا يفتى بهذا حذرا من تسليط الظلمة على اموال المسلمين اذ يدعي كل ظالم ان ارضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب قوله ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله لما قلنا من ان فيه معنى المؤنة والمسلم من اهل المؤنة كالعشر والارض لا تخلو منها فابقاء ما تقرر اجماعا اولى ولان وضع عمر رضه بموافقة جماعة الصحابة رضه ما كان الا لهذا الذين يجيئون من المسلمين بعد اهل الفتح الى يوم القيامة

وفتح هذا الباب يؤدي الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه او تقية من الكلفة وتجشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف لا غير قال المص وقد صح ان الصحابة رضه اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها قال البيهقي قال ابو يوسف القول ما قال ابو حنيفة انه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن علي وشريح ارض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها ثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي انه قال لعمر بن الخطاب رضه اني اشتريت ارضا من ارض السواد فقال عمر رضه انت فيها مثل صاحبها قال البيهقي واخبرنا ابو سعيد ثنا ابو العباس الاصم ثنا الحسن بن علي بن عفان ثنا يحيى بن آدم ثنا ابن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال اسلمت امرأة من اهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضه ان اختارت ارضها وادت ما على ارضها فخلوا بينها وبين ارضها والا فخلوا بين المسلمين وبين ارضهم وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة ثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب ان دهقانة من ارض نهر الملك اسلمت فقال عمر رضه ادفعوا اليها ارضها تؤدي عنها الخراج وقال ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما ثنا هشيم بن بشير عن شيبان ثنا الحكم عن زبير بن عدي ان دهقانا اسلم على عهد علي رضه فقال علي رضه انه على ان اقمت في ارضك رفعنا عنك الخراج عن راسك واخذناه عن ارضك وان تحولت عنها فنحن احق بها وقال ابن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي رضه قالا اذا اسلم وله ارض وضعنا عنه الجزية واخذنا خراجها قال المص فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل فلو قال من المسلم كان اولى وهو بناء على تعليقه بلفظ اخذه وهو غير مقصود فان الاخذ يقوم بالامام وليس المقصود افادة انه هل يكره للامام اخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك الاخذ منه هل يكره له ذلك او لا فيجب لفظ للمسلم فيتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روي انه عليه الصلوة والسلام رأى شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنوا ان الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر قعدوا عن الغزو فكر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة لا ما ذكروه اذ لا شك في انه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء الا ترى انه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة قوله ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي ومالك واحمد يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيه معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج

مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج

تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج الغزاة المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر او الخراج قال المصنف ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة ثنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على ابي حنيفة وانما رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى ووصله اخرجه ابن ابي شيبة بنحوه عن الشعبي وعكرمة ثنا ابراهيم بن المغيرة ثنا عبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في ارض وقال ثنا ابو نخيلة ثنا يحيى بن اوضح عن ابي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب لبعض التابعين ولم يرفعوه ليكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهب الجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال واما قوله ولان احدا من الائمة فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى الملاك فلم يتعين قول صحابي لعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي ان ليس عمر بن الخطاب رض على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا لآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب المسائل في مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه فليفيدك ذلك ثم الممنع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الارض ولا مانع ان يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع ان العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلوة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضي ان يؤخذ مع الخراج ان كان ولان تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية الا انه يعتبر النماء في العشر تحقيقا لانه اسم اضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان اليها فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديري غير الارض مع التحقيقي مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب فاذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكوة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما التعدد السبب واما قوله ولان الخراج يجب في الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا اسلم اهلها ولازم الاول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم ان بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا اقر اهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما ان بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل الصلح او بان احياها وسقاها بماء الانهار الصغار او كانت قريبة من ارض الخراج على الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن ان الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم اجمعين لم يأخذوا عشرا من ارض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل اخذهم الخراج بهذا تقضي العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك في غاية البعد ارأيت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج على اهل الكفر بل يقرب ان يتولوا اخذ وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على ادائه من طيب انفسهم واذا كان الظن عدم اخذ الثلاثة صح دليلا لفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابي لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفي وكذا الرجم مع الجلد وزكوة التجارة مع صدقة الفطر و الشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع وكذا الزكوة مع احدهما اي العشر او الخراج خلافا للشافعي وصورته اذا اشترى ارض عشر او خراج بقصد التجارة عليه العشر او الخراج وليس عليه زكوة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج الزم للارض بخلاف الزكوة لانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا اي في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمنا ذكرها وقد يوازي بها تعلق الخراج

باب الجزية

(وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام اهل نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي رح يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رض خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني

بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يؤخذ بشيء فان اثبت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب ان يعطل الارض عن الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من ارض المرأة والصبي والاراضي الموقوفة لان وقفها اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي ان يطالب بذلك الناظر

باب الجزية هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب اسلموا او لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا اطلق فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي في اللغة الجزاء وانما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف وهو على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح عليها فيتقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر اصلحه صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على الفي حلة في العام على ما في ابي داؤد عن عبد الله بن عباس رض قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رض نصارى بني تغلب على ان يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكوة قال ابو يوسف رح في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اهل نجران بعد ان قال على الفي حلة كل حلة اوقية يعني قيمتها اوقية فقيل الاواقي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية اربعون درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم واراضيهم قال ابو يوسف رح لفالحلة على اراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من اراضي نجران وان كان بعضهم قد باع ارضا او بعضها من مسلم او ذمي او تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في اراضيهم واما جزية رؤسهم فليس على النساء والصبيان انتهى يعني انه وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم ارضا او لم يبع ثم اذا باع يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله يؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشره من التغلبي المشتري وقول المصنف على الف ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله في بني نجران فان النجران اسم ارض من حيز اليمن لا اسم قبيلة فكذا كان الثابت في الحديث اهل نجران والضرب الثاني جزية يبتدئ الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار ففتح بلادهم واقرهم على املاكهم فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا او ابوا رضوا او لم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية واربعين درهما بوزن سبعة يأخذ من احدهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى اوسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما واحدا وقال الشافعي يضع على كل حالم اي بالغ دينارا او اثني عشر درهما قال بعض مشائخهم الامام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثني عشر درهما لان عمر رض قضى بذلك وعند عامة اصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للامام ان يماسكهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني اربعة دنانير وقال مالك رح يأخذ عن الغني اربعين درهما واربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم او دينارا وقال الثوري وهو رواية عن احمد هي غير مقدرة بل مفوض الى راي الامام لانه عليه الصلوة والسلام امر معاذا باخذ الدينار وصالح هو عليه الصلوة والسلام نصارى نجران على الفي حلة وعمر رض جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على انه لا تقدير فيها معين بل مفوض الى راي الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن احمد رح روايتان اخريان احديهما كقولنا والاخرى كقول الشافعي رح وجه ما رواه ابو داؤد والترمذي والنسائي عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ رض قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن

(ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار) ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت

بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر

وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحاً ولهذا امره بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية

وامرني ان اخذ من البقر من كل ثلثين تبيعاً او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم ديناراً او عدله معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حسن صحيح وذكر ان بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو اصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق ثنا معمر وسفيان الثوري عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى ان قال ومن كل حالم او حالمة ديناراً او عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالم وقال ابو عبيد وهذا والله اعلم فيما ترى منسوخ اذ كان في اول الاسلام قتل نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم يستدل لذلك بما روى الصعب بن جثامة ان خيلا اصابت من ابناء المشركين فقال عليه الصلوة والسلام هم من آبائهم ثم اسند ابو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اولاد المشركين انقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والمعافر بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب الى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذه الثياب المعافرية وهكذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب اليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للقتبي البرود المعافرية منسوبة الى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير لان كلا منهم يقتل قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم اجمعين ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا اخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الجزية على رؤس الرجال على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط اربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا ابو نعيم ثنا مندل عن الشيباني عن ابي عون عن المغيرة بن شعبة ان عمر وضع الخ وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى ابي نضرة ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع الجزية على اهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الخ ومن طريق آخر اسنده ابو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر رضي الله عنه انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم بلا نكير فحل محل الاجماع ثم عارض المصنف بقوله ولانه اي الجزية وجبت نصرة للمقاتلة اي خلفا عن نصرة مقاتلة اهل الدار لان من هو من اهل دار الاسلام عليه نصرتهم وقد فاتت بميلهم الى اهل الدار المعادين لنا لاصرارهم على الكفر ولهذا اصرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فتجب متفاوتة بتفاوت حالهم لانه نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان ينصر راكبا ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف وذلك لان النصرة تتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله يعني الجزية والحقها بخراج الارض فانه وجب على التفاوت واورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم ان لا يؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين او طلب الامام منهم ذلك والحال انها تؤخذ منهم مع ذلك اجيب بان الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه ان النصرة التي فاتت نصرة المسلمين بقضية الاسلام فاتت بالكفر فابدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها ولتعلم ان الجزية خلف عن قتله ونصرته جميعا قال وما رواه من وضع الدينار على الكل محمول على انه كان صلحا فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقلنا ولان اهل اليمن كانوا اهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء يدل على ذلك

قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا

ما روى البخاري عن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شان اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار والله اعلم انه سيجيء بالقيد ان الجزية خلف عن قتلهم والوجه انها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعاً لا عن احدهما فقط فهي عن المجموع ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعداً ما لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملاً فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر ومن يملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل اي المكتسب وقال الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك الا ترى ان صاحب خمسين الف ببلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثراً وذكره عن ابي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضاً في نصف السنة فصاعداً لا يجب عليه شيء اما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض قوله وتوضع الجزية على اهل الكتاب اليهود ويدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا انهم يخالفونهم في فروع والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى او قال هم من اليهود فهم من اهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى قاضيخان وتؤخذ اي الجزية من الصابئة عن ابي حنيفة خلافاً لهما واطلق في اهل الكتاب فشمل اهل الكتاب من العرب والعجم واما المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهذا قول المصنف ووضع عليه الصلوة والسلام الجزية على المجوس وهجر بلدة في البحرين قوله وعبدة الاوثان بالجر اي وتوضع على عبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه الى الجزية في حق اهل الكتاب بالقرآن اعني ما تلونا من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية وفي المجوس بالخبر الذي ذكرناه في صحيح البخاري فيبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم بجامع ان كلاً من الاسترقاق والجزية يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر انه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين والحال ان نفقته في كسبه فقد ادى حاجة نفسه الينا او بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعاً لاصولهم في الكفر فكانوا اتباعاً في حكمهم فكان الجزية على الرجل اتباعه في المعنى ان كان له اتباع والا فهي عنه خاصة قوله وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكرهم من اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم فيء وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية قوله ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما يعني مشركي العرب والمرتدين قد تغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب فلان القرآن قد نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون فلان كفرهم بعدما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي في قول يسترق مشركو العرب وهو قول مالك واحمد لان الاسترقاق اتلاف

وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين

ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم

الأهلية **قال** ولا زمن ولا أعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه تجب إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي رحمه الله له إطلاق حديث

معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل

حكما فيجوز كما يجوز إتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون أي إلى أن يسلموا وروي عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنه وقال أو القتل مكان أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لا رق على عربي وأخرجه البيهقي عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابتا على أحد من العرب رق لكان اليوم وقال المصنف وجوابه ما قلنا يعني من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الأخف منه **قوله** وإذا ظهر عليهم أي على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء يسترقون لأنه عليه الصلاة والسلام استرق ذراري أوطاس وهوازن وأبو بكر رضي الله عنه استرق بني حنيفة أسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم إن خالد بن الوليد صالحهم على أن يؤخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فأخرج السلاح والكراع والأموال والسبي ثم قسم السبي قسمين وأقرع على القسمين فخرج سهمه على أحدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه قالت قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية ويسمى ابنها محمد بن الحنفية وقال حدثني عبد الله بن نافع عن أبيه قال كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر رضي الله عنه من ذلك السبي وحنيفة أبو حي من العرب سمي به لأن جذيمة ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الأوثان لا يجبرون وفي فتاوى قاضيخان وأما الزنادقة فقالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته فإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا يؤخذ منه الجزية **قوله** ولا جزية على امرأة ولا صبي وكذا على مجنون بلا خلاف لأن الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي رحمه الله أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك ولا على أعمى وزمن ولا المفلوج وعن الشافعي رحمه الله يؤخذ منهم لاعتبارها أجرة الدار ولا تؤخذ من الشيخ الكبير الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب وعن أبي يوسف رحمه الله تؤخذ منه إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي في الحرب وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله لما بينا والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانة **قوله** ولا على فقير غير معتمل أي الذي لا يقدر على العمل وإن أحسن حرفة وعلى قول الشافعي رحمه الله عليه الجزية في ذمته له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه وهو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل إذ بعث عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الأموال ثنا الهيثم بن عدي بن عمر بن نافع حدثني أبو بكر العبسي صلة بن زفر قال أبصر عمر رضي الله عنه شيخا كبيرا من أهل الذمة يسأل فقال له ما لك قال ليس لي مال وإن الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما أنصفناك أكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب إلى عماله أن لا تأخذوا الجزية من شيخ كبير ولأن خراج الأرض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس يجامع عدم الطاقة بحكمة دفع الضرر الدنيوي والحديث محمول على المعتمل بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالإجماع جمعا بين الدليلين فإن قلت ما تقدم من توظيف عمر رضي الله عنه ليس فيه المعتمل قلنا قد جاز في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر أخرجه البيهقي ولا يقال بنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف وهم لا يقولون به لأنا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن يضاف إلى الأصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم إنما توظف على المعتمل إذا كان صحيحا في أكثر السنة وإلا فلا جزية عليه لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام

ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا وعلى اعتبار الثانى لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد رح عن ابى حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابى يوسف رح وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذى ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته فى اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعى رح فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهى والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة فى الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا وعلى الاعتبار الاول يجب لان المملوك الحربى يقتل وعلى الاعتبار الثانى لا يجب لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل فى حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه فدار بين ثبوته وعدمه فلا يجب بالشك والوجه ان يقال انها بدل عن القتل فى حقهم وعن القتال فى حقنا جميعا ولا يتحقق الثانى لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفى الجزء وهذا لا نذكره فيما يلى هذه المسئلة واذا كان خلفا عن ابى حنيفة لا يحسن قوله فلا يجب بالشك بل لا يجب بلا شك ثم لا يخفى ان ذكر ام الولد ليس على ما ينبغى فان من المعلوم ان لا جزية على النساء ولعله ابن ام الولد فسقطت لفظة ابن **قوله** ولا يؤدى عنهم مواليهم يعنى لما قلنا لا توضع عليهم جاز ان يقال انها تؤخذ من مواليهم فيؤدون عنهم فازال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة فى الجزية حتى لزمهم جزية الاغنياء بسببهم فلا يؤخذ منهم عنهم شئ آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو انهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شئ آخر وهذا بناء على ان غناء الملاك بهم لانهم مال ويحرزون المال بالكسب **قوله** ولا توضع على الرهبان جمع راهب وقد يقال للواحد رهبان ايضا وشرط ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم فعليه الجزية هكذا ذكر القدورى وذكر محمد رح عن ابى حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابى يوسف رح ووجه الوضع انه الذى ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل ارض المباح من الزراعة ووجه وضع الجزية عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل ولا يخفى ان هذا اصل الشافعى رد على ما تقدم انها عندنا بدل عن نصرتهم التى فاتت بالكفر وعنده بدل من القتل فافاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم ايانا فمتى تخلف احدهما انتفى وجوبها وعن محمد رح لا جزية على المسكنين قيل يجوز انه اراد من يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز ان يقول هو لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل **قوله** ومن اسلم وعليه جزية بان اسلم بعد كمال السنة سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعى رح فيهما وكذا لو مات فى اثناء السنة او اسلم وفى اصح قولى الشافعى رح لا تسقط فيهما ايضا وعلى هذا الخلاف لو عمى او زمن او اقعد او صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او افتقر بحيث لا يقدر على شئ لان الجزية وجبت بدلا عن العصمة التى تثبت للذمى بعقد الذمة كما هو قول الشافعى رح او بدلا عن السكنى فى دار الاسلام كما هو قول آخر له وقد وصل اليه العوض وهو حقن دمه وسكناه الى الموت او الاسلام وصار بذلك مستوفيا للبدل فتقرر البدل دينا فى ذمته فلا يسقط بهذا العارض الذى هو موته او اسلامه كسائر الديون من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل ادائه ولنا ما اخرجه ابو داود والترمذى عن جرير عن قابوس بن ابى ظبيان عن ابيه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية قال ابو داود وسئل سفيان الثورى عن هذا فقال يعنى اذا اسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذى فسره به سفيان الثورى رواه الطبرانى فى معجمه الاوسط عن ابن عمر رض عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس فى مسند الطبرانى فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به عن جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها فى حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه يعم موته واسلامه وهذا الحديث ونحوه اجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق

71 لانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت الجزيتان * وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ منه وهو قول الشافعي رح وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رح انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي وقيل يا عدو الله فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رح في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشائخ على المضي مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رح في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناها في اوله

اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لان كلا منهما محل للاجماع فان عقلت نكتة فذاك والا وجب الاتباع على ان الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال في خراج الارض لانه مؤنة الارض كي تبقى في ايدينا والمسلم من سعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لانها ذل ظاهر وشنار واما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص **قوله** ولانها اي الجزية انما وجبت عقوبة عن الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة وعلى العقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الاول ولذا اخذت بطريق الاذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين انها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامة حد ثبت عليه ولان العقوبة الدنيوية لا يكون الا لدفع شر في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق وقد اندفع بالموت والاسلام وهذا لا ينافي كونها بدلا اي خلفا عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفره الذي هو سبب حرابته دفعا لها باضعافه باخذها منه وبدلا من نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفا ايضا عن النصرة انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام واما قوله انها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به او للظهور خلافه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكنى قلنا الذمي يسكن ملك نفسه فلا يكون اجرة ولانه بعقد الذمة صار من اهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكينه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالعصمة ويكفي ما ذكرنا من دلالة انها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن اقامتها وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي الى حرابته ولا يمكن من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بالعصمة **قوله** فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت اي الجزية انث فعل الحولين لتأويله بالسنتين والاولى الى ذلك من اول الامر وتقدير مضاف اي جزيتا حولين ولفظ القدوري فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الاخرى لم تؤخذ منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراجها حينئذ عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى وقيل لا تداخل فيؤخذ ما مضى بالاتفاق لهما في الخلافية وهي تداخل الجزية ان الخراج اي الجزية لانها خراج الرأس وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها على الوجه المامور به تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين لانه ما دام كافرا امكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه لان المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره وانت تعلم ان كونها وجبت عوضا وكون المتحصل فيها اعواضا خلاف ما تقدم وانه بقول الشافعي رح اليق فانه اريد بالاعواض الاجزية الواقعة عقوبة ثم عليهما وجه ابي حنيفة رح القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار في رمضان مع انها عقوبة وعبادة غير ان الراجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله ولهذا الخ استيضاح على انها عقوبة يعني لو بعث بها على يد نائبه لا تقبل منه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي بها بنفسه فيعطي قائما والقابض جالس وفي رواية يأخذه بتلبيبه

فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث فى الحقيقة والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة فى البيت لانه تبع للسكنى وهذا فى الامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل فى ديارنا يمنعون من ذلك فى القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة

وهو مائل صدره من شيابه ويقول اعط الجزية يا ذمى وقبولها من النائب يفوت المامور به من اذلاله عند الاعطاء قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ثم وجه آخر انها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن لمعنى عن القتل فى المستقبل والنصرة فى المستقبل لان القتل انما يستحق لحرب قائم فى الحال لا لحرب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه بانقضائه فانقضت الحاجة فيه الى شىء من الاشياء وفى المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة ثم قول محمد فى الجامع جاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على مضى السنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فى الحولين او فى الجزيتين فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته وهو ان يراد دخول اول السنة فان مجىء الشهر مجىء اوله ومجىء السنة مجىء اولها والاصح هو هذا فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعى فى آخره اعتبارا بالزكوة ولنا انما وجبت الجزية بدلا عنه وهو النصرة والقتل لا يتحقق الا فى المستقبل على ما قررناه من ان القتل انما يستحق لحرب قائم فى الحال دفعا للشر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم انما يحتاج اليه فى المستقبل بخلاف الزكوة لان الوجوب فى المال النامى فلا بد من الحول ليتحقق الاستيفاء فلم يجب قبله لعدم تعاقبه بذلك قبله ثم قيم الحول مقامه لما انه المكن منه فصار المال به ناميا تقديرا

فصل لما كانت هذه احكام تتعلق بالذمى باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك **قوله** ولا يجوز احداث بيعة بكسر الباء ولا كنيسة فى دار الاسلام وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفى ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة والكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المص عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار ما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان فى قرى ديارنا ايضا لا تحدث فى هذا الزمان والمروى عن صاحب المذهب يعنى ابا حنيفة رح كان فى قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة فى شرحه كتاب الاجارات الاصح عندى انهم يمنعون عن ذلك فى السواد وان كان فى السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون واما القرى التى سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا فصار الملاق منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدورى منعها فى دار الاسلام والصومعة وهو ما يبنى للتخلى عن الناس والانقطاع فيها لهم مثلها فيمنع ايضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدورى وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها قال المص لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير انهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث فى ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفى هذا التعليل اشارة الى ان ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على اراضيهم سواء كان اماما فى زمن الصحابة رض والتابعين او بعدهم ثم قيل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة وكنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتح المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شىء بالاجماع وما كان فيها شىء من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعى فى قول واحمد فى رواية يجب وعندنا ان جعلهم ذمة امرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلوتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول الشافعى رح ورواية عن احمد لان الصحابة رض فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم فى الكنائس على ما يقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا يمنعهم الا ان الاولى ان لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رض من عدم احداث شىء منها ويمنعون

وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب

من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنازير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر اي التجاهر به اي اظهاره وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنع انتهى وقال محمد كل قرية من قرى اهل الذمة او مصر او مدينة لم اظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن واعلم ان البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها واما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة وذكر في الاجارة انها لا تهدم وعمل الناس على هذا فانا راينا كثيرا منها توالت عليها ائمة وازمان وهي باقية لم يامر امام بهدمها فكان متوارثا من عهد الصحابة وعلى هذا لو مصرنا برية فيها دير او كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي ان لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضاء فادار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر انها كانت في الضواحي فادير السور فاحاط بها وعلى هذا ايضا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي ان لا تهدم لانها ان كانت في امصار قديمة فلا شك ان الصحابة او التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف انها فتحت صلحا حكمنا بانهم اقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار فانظر الى قول الكرخي اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الاحداث بقوله عليه الصلوة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال المصنف المراد احداثها وهذا لان الابنية قد تحققت كثيرا من الصحابة في الصلح وفي رواية البيهقي التصريح بذلك في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه ابو عبيد القاسم بن سلام ثنا عبد الله بن صالح ثنا الليث بن سعد حدثني توبة بن نمير الحضرمي قاضي مصر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال وروى ابو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن ابي الخير قال قال عمر بن الخطاب لا كنيسة في الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدي في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة في الاسلام ولا يجدد ما خرب منها واعل بسعيد بن سنان واذا تعددت الطرق الضعيفة يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلي عن اتيان النساء قوله

وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لانهم لا يمكنون من السكنى فيها فلا فائدة في اقرارها الا ان تتخذ دار سكنى ولا يباع فيها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ويمنعون من ان تتخذ ارض العرب مسكنا او وطنا بخلاف امصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك وذلك لقوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب اخرج اسحق بن راهويه في مسنده انبانا النضر بن شميل ثنا صالح بن ابي الاخضر حدثني الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب او قال بارض الحجاز دينان ورواه في الزكوة وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليات به والا فاني مجليكم قال فاجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا صحيح ورواه مالك رحمه الله في الموطا قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر رضي الله عنه عن ذلك حتى اتاه اليقين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر واجلى يهود نجران

قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رح سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه لو كان مسلما ينتقض ايمانه فكذا ينتقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه

وفدك وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رض لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال اخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من اقصى عدن ابين الى ريف العراق في الطول واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى اطراف الشام وسميت جزيرة لانزجار المياه التي حواليها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل لان حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الزهري سميت جزيرة لان بحر فارس وبحر السودان احاط بجانبها الجنوبي واحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات وقال المنذري في مختصره قال مالك رح جزيرة العرب المدينة نفسها وروي انها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخاري عن المغيرة قال هي ارض مكة والمدينة **قوله** ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم وحاصل هذا ان اهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يميز المسلم من الكافر كيلا يعامل معاملة المسلم في التوقير والاجلال وذلك لا يجوز وربما يموت احدهم فجاءة في الطريق فلا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم عليه الصلاة والسلام بذلك لانهم كانوا معروفين باعيانهم بجميع اهل المدينة ولم يكن لهم زي عال عن المسلمين واذا وجب التميز وجب ان يكون فيه صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير اذى من ضرب او صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة ولذا امروا بالكستيجات وهو خيط في غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم لان فيه جفاء المسلمين اي اغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين وربما تروق تجملهم فيقولون الكفار احسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب واليه اشارة بقوله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيها على خسة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شدة خيط ما حاشيته رقيقة من الابريسم فمنعهم من لبس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا او غيره كالصوف المربع والجوخ الرقيق والابراد الرقيق اولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكتابهم وادخالهم في المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من ان يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له من الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف او قريبا منه ولا يركبون الخيل بل اختار ان لا يركبوا اصلا الا اذا خرجوا الى ارض قرية ونحوه او كان مريضا الا ان تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف ان المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه اهله وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة والزموا النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطريق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كيلا يقف سائل فيدعو لهم بالمغفرة او يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين ويمنعون من لباس يخص اهل العلم والزهد والشرف وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا اردية كارديتهم هكذا امروا واتفقت الصحابة على ذلك **قوله** ومن امتنع من اداء الجزية او قتل مسلما او زنى بمسلمة او سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده فيصير مباح الدم باعتبار انه لا عهد له عندنا وقيد باداءها لانه لو امتنع من قبولها نقض عهده والشافعي ينتقض عهده بالامتناع عن اداء الجزية وعدم قبول احكام الاسلام او يقتضيه بزنا بمسلمة او اصابتها بنكاح او ان يفتن مسلما عن دينه او يقطع الطريق او يدل على عورات المسلمين او هو يقتل مسلما وهو قول مالك رح واحمد رح الا ان مالكا قال ينتقض باكراه المسلمة على الزنا لا انه ينتقض عهده بذلك وفيما سوى وهو سب النبي صلى الله عليه وسلم فانه يقتله به ان لم يسلم ووافقه

قال ... ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربونا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة
المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد

فصل ويؤخذ من مال بني تغلب ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رض صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رض ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعفة وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رض هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها

في هذا الشافعي في قول واحمد في رواية وللشافعي في الثاني فيما اذا ذكره تعالى بما لا ينبغي او سبه عليه السلام قولان آخران احدهما لا ينتقض والآخر ينتقض وجه قوله هذا انه بذلك ينقض ايمانه لو كان مسلما فينتقض به امانه الادنى اذ عقد الذمة خلف عن الايمان في افادة الامان فلما انتقض الاصل ينتقض الخلف بالطريق الاولى وروى ابو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر رض ان رجلا قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف ولنا ان سبه عليه الصلوة والسلام كفر من الذمي كما هو ردة من المسلم والكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنع عقد الذمة في الابتداء فالكفر الطارئ لا يرفعه في حال البقاء بطريق اولى ويؤيده ما روي عن عائشة رض ان رهطا من اليهود دخلوا على النبي عليه الصلوة والسلام فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها فقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة رض فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله الم تسمع ما قالوا قال عم قد قلت وعليكم ولا شك ان هذا سب منهم له عليه الصلوة والسلام ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين حالا وحديث ابن عمر رض اسناده ضعيف وجاز ان يكون قد شرط عليهم ان لا يظهروا سبه عليه الصلوة والسلام والذي عندي ان سبه عليه الصلوة والسلام او نسبة ما لا ينبغي الى الله تعالى ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى تقدس عن ذلك اذا اظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لان دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين اذلاء بالنص ولا خلاف ان المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول واظهار ذلك منه ينافي قيد كون قبول الجزية دافعا للقتل لانه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو ان يكون صاغرا ذليلا واما اليهود المذكورون في حديث عائشة رض فلم يكونوا اهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية بل كانوا اصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشرهم الى ان امكن الله منهم لانه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث منا يوجب انه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للامام قتله او يرجع الى الذل والصغار قوله ولا ينقض عهده الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا اهل الذمة على موضع قرية او حصن فيحاربوننا لانهم بكل من الخصلتين صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابهم فيعرى عن الفائدة فلا يبقى فاذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات واذا تاب يقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل امان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته وكذا في حكم ما حمله من ماله الى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيئا لعامة المسلمين كالمرتد اذا لحق بمال ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام واخذ من ماله وادخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة احق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لان الملك لهم حين اخذه فان عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيئا وفي رواية لا ولا يبعد ان يقال انتقاله الى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب ان لم تكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وان كانت على قولهما وقوله الا انه لو اسر يسترق استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد بخلاف المرتد اذا لحق ثم ظهر على الدار فاسر لا يسترق بل يقتل اذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه اذا عاد بعد نقضه وقبلها لانه ما كان التزم بالذمة الاسلام بل احكامه فجاز ان يعود الى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد ان يعود اليه اما اذا لم يعد ولم يقبلها حتى اخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية

فصل افرد احكام نصارى بني تغلب بفصل لان حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب بن وائل من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام

ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رحمه الله يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه

ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه الى الجزية فابوا وانفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا امير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك ثم الفقهاء وفي رواية ابي يوسف رحمه الله بسنده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي الله عنه ان بني تغلب الحديث الى ان قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى ان تسقط الجزية من رؤسهم انتهى ففي كل اربعين لهم شاتان ولا زيادة حتى يبلغ مائة وعشرين ففيها اربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التحقيق من كل وجه او لا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كانت للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله قال الكرخي رحمه الله وهذه الرواية اقيس وهو قول الشافعي رحمه الله لان الواجب بكتاب الله عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق ويؤيده قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم وقال اصحابنا واحمد رحمه الله هو وان كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكوة واسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطي جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية والمرأة من اهلها وهي اهل لما يجب من المال في الصلح فيؤخذ بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم واموالهم لعدم وجوب الزكوة عليهم عندنا بخلاف ارضهم فيؤخذ خراجها لانها وظيفة الارض لا بسبب عبادة ليخص البالغين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكر فيه انه روعي في هذا المال جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكوة اما الاول فلانها حقيقة الجزية واما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية التي وجبت بالصلح وقد علمت ان الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيف ما وقع والذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التي يبتدي الامام وضعها شاؤا او ابوا على ما تقدم قوله ويوضع على مولى التغلبي اي معتقه الخراج اي الجزية وخراج الارض وقال زفر رحمه الله يضاعف عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه لقوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم وهذا الحديث استدل للنائبة في الزكوة على حرمان مولى الهاشمي الزكوة ولذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع الاحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكوة من هذا الباب ولنا ان هذا اي وضع الصدقة المضاعفة تخفيف ان لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم في ذلك واستشفاقهم ما سواه والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف الا يرى ان الاسلام اعلى اسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية اولى بخلاف حرمة الصدقات على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به ويقتضي مولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم يتعد اليه فقال لا يلزم لان الغني من اهل الصدقة في الجملة الا يرى انه لو كان عاملا عليها اعطي كفايته منها وانما الغنى مانع من الاسقاط عن المعطي له شرعا تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص السيد اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لشرفه وكرامته لانساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا فالحق به مولاه ولان التكريم ان لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبته فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم اجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي ليس بمنزلته في الكفاءة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه ايضا وهو انه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة الى التضعيف

قال وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم لأنه مال بيت المال فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب ولا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لأنه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله أعلم

باب أحكام المرتدين

قال وإذا ارتد المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة كشفت عنه لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره بأحسن الأمرين إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة قد بلغته

إلى المولى الأسفل بدليل التخفيف بالإسلام لم يتعد إلى المولى فيخص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الأسفل ينسب إلى مولاه و وجه آخر بأن القياس أن لا يكون المولى منهم جوازاً وما لأحكامه لأنه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث في منع الزكوة وهو ما روي أنه عليه الصلوة والسلام استعمل أرقم بن الأرقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلوة والسلام إن الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد فإن موالي القوم منهم وإذا علم عدم عمومه فليختص بسببه وهو الزكوة وأما الجواب بأن قيل لم يوافق زفر فيه أحد من الفقهاء قيل بل قوله مروي عن الشعبي قوله وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وهي مواضع يخاف العدو فيها من دار الإسلام وبناء القناطر والجسور وهي ما يوضع ويرفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم فإنه تجب نفقته عليهم فلو لم يكفوا من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا لأنه مال بيت المال لأنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وما كان كذلك فهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فإنه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال و إذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد الصدر في التجنيس في علامة السيد أبي شجاع أنه يعطى أيضاً للمعلمين والمتعلمين وبهذا يدخل طلبة العلم بخلاف المذكور هنا لأنه قيل إن يتأهل عامل لنفسه لكن ليس يعد للمسلمين قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لأنه نوع صلة و ليس بدين ولأنه صلة سمي عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت وهذا لأنه مات قبل تأكد حقه بمجيء وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجري فيه الإرث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما إذا تأكد كسهمه بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة فإنه يورث على ما أسلفنا وتقييد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بنصف السنة مما يشعر بأنه إذا مات آخرها يعطى ورثته قالوا لا يجب أيضاً ولكن يستحب لأنه أوفى عناءه أي تعبه في عمله للمسلمين فيستحب أن يعطى إلى على شمس الأئمة وجوب إعطائه بعد ما تمت السنة أيضاً بما ذكرنا في نصفها فأفاد أنه لا يتأكد الحق بعد تمت السنة أيضاً معولاً على أنه صلة فلا يملك قبل القبض وهذا يقتضي قصر الإرث على حقيقة الإرث والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لأن حقه تأكد بإتمام عمله في السنة كما قلنا إنه يورث سهم الغازي بعد الإحراز بدار الإسلام لتأكد الحق حينئذ وإن لم يثبت له ملك قول فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير وإنما خص نصف السنة لأن عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك إلى ورثته فأما قبل ذلك فلا إلا على قدر عنائه يقتضي أن يعطى حصته من العام ثم قيل رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ولو أخذ في أولها ثم مات أو عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد رحمه الله أحب إلي رد الباقي كما لو عجل لها النفقة ليتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضيخان و التمرتاشي والعطاء هو ما يثبت في الديوان باسم كل من ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية في عرفنا إلا أنها شهرية والعطاء سنوية

باب أحكام المرتدين لما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطارئ والمرتد هو الراجع عن دين الإسلام قوله وإذا ارتد المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة أبداها كشفت عنه لأنه عساه اعترته أي عرضت له شبهة فتزاح عنه فيه دفع شره بأحسن الأمرين وهما القتل والإسلام وأحسنهما الإسلام ثم لما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال إلا أن العرض على ما قالوا أي المشايخ غير واجب بل مستحب لأن الدعوة قد بلغته وعرض الإسلام هو الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة

قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرا كان او عبدا فان ابى قتل وتاويل
الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان
يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك اولم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان
ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر فلابد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من
غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال و
هذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود

قوله ويحبس ثلثة ايام فان اسلم فبها والا قتل وهذا اللفظ ايضا من القدوري يوجب وجوب الانتظار ثلثة ايام على ما عرف من الاخبار في
مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل اي مكانه فانه يفيد انظاره الايام الثلاثة ليس
واجبا ولا استحبابا وانما تعينت الثلاثة لانها مدة ضربت لابلاء العذر بدليل حديث حبان ابن منقذ في الخيار ثلاثة ايام ضربت للتامل
لدفع الغبن وقصة موسى عليه السلام مع العبد الصالح ان سالتك عن شيء بعدها وهي الثالثة الى قوله تعالى قد بلغت من لدني عذرا
وعن عمر رض ان رجلا اتاه من قبل ابي موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه في بيت
ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال عمر اللهم اني لم احضر ولم آمر ولم ارض اخرجه مالك في الموطا لكن ظاهر تبري عمر رض
يقتضي الوجوب ثم قال المص تاويل الاول وهو قول القدوري الدال على وجوب امهال الايام الثلاثة انه يستمهل فيمهل وظاهر المبسوط
الوجوب فانه قال اذا طلب التاجيل اجل ثلاثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة فعلينا ازالة تلك الشبهة او انه يحتاج الى التفكر
ليتبين له الحق فلابد من المهلة واذا استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة ايام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر رض
المذكور الدال على الوجوب تاويله انه لعله طلب التاجيل وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان يوجله ثلاثة ايام طلب ذلك او
لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يوجله ثلاثة ايام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر اذ لابد من مدة يمكنه فيها التامل
فقدرناها بثلاثة ايام لما ذكرنا والصحيح من قول الشافعي رح انه اذا تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ وقوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه
فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان اريد به عدم وجوب الانظار فمذهبنا والاستدلال مشترك ومن الادلة ايضا قوله تعالى
فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان اريد به نفي استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التاخير
على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رض وقول المص وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ليس بجيد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلاثة ايام وهو خلاف المذهب
ويخالف ما ذكرنا من ان الامر المطلق لا يقتضي الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم ان الاوامر المذكورة مطلقة بل مقيدة للعموم للفاء في قوله فاقتلوه لانها
تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار ان المعلول لا يتاخر عن العلة قلنا المعلول هو الحكم الشرعي وهو ايجاب
قتله لم يتاخر عن علته المشيرة له وهو كفره واما ايجاب الامتثال عن الفور فشيء آخر فلا فرق في وجوب قتل المرتدين كون المرتد حرا او عبدا وان كان تضمن قتله ابطال حق
المولى بالاجماع واطلاق الدلائل التي ذكرناها وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه
لحصول المقصود وقيل هو ان يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وانا بريء من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد ان ياتي بالشهادتين والاقرار
بالبعث والنشور مستحب وبه قال الائمة الثلاثة ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وفي شرح الطحاوي سئل ابو يوسف رح عن الرجل كيف يسلم
فقال بقوله اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ عن الدين الذي انتحله وان شهد ان لا اله الا الله وان
محمدا رسول الله وقال لم ادخل في هذا الدين قط وانا بريء منه اي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبته انتهى وقوله قط يريد به معنى ابدا لان قط ظرف
لما مضى لا لما يستقبل وفي شرح الطحاوي اسلام النصراني ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودي كذلك يتبرأ من اليهودية
وكذا في كل ملة واما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير انهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق انه رسول الله ولا يتهم الاسلام به

قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركه في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد

بهذا فيمن بين اظهرنا منهم واما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم او قال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا اتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقا من قوله هذا انما اراد به الاسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر فيحكم عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو تاب بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته ايضا وكذا ثالثا ورابعا الا ان الكرخي رح قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب في الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربا وجيعا لا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلي سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخي رح هذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وما ذكر الكرخي رح مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى ان تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة واتوا الزكوة فخلوا سبيلهم وعن عمر رض وعلي رض لا تقبل توبة من كرر ردته كالزنديق وهو قول مالك رح واحمد والليث رح لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله ثم ازدادوا كفرا وفي الدراية قال في الزنديق لنا روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك رح واحمد رح وفي رواية تقبل كقول الشافعي رح وهذا في حق احكام الدنيا اما فيما بينه وبين الله عز وجل اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وعن ابي يوسف رح لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة فسره بان ينتظر فاذا اظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل الاستتابة جائز قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه او قطع عضوا منه كره ذلك ولا شيء على القاتل والقاطع لان الكفر مبيح وكل جناية على المرتد هدر ومعنى الكراهة هنا ترك مستحب فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك اي القتل او القطع بغير اذن الامام ادب قوله واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس ابدا حتى تسلم او تموت ولو قتلها قاتل لا شيء عليه لا حرة كانت او امة ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية ويروى عن ابي حنيفة رح انها تضرب في كل ايام وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثون سوطا الى ان تموت او تسلم ولم يخصه بحرة ولا امة وهذا قتل معنى لان موالاة الضرب يفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود انه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كيلا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى مولاها ليحبسها جبسها بيت السيد سواء طلب ذلك هو ام لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المص جمعا بين الحقين يعني حق الله وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد فانه لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن ابي حنيفة رح في النوادر تسترق في دار الاسلام ايضا قيل ولو افتي بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء بالردة من اثبات الفرقة وينبغي ان يشتريها الزوج من الامام او يهبها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر واجروا احكامهم فيها ويقول للمسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى ان يشتريها من الامام وقد افتى الدبوسي والصفار واهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا في الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المص على خلاف الشافعي رح قال لما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال ولان ردة الرجل مبيحة

وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين وتروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام **قال** ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

للقتل من حيث انها جناية متغلظة هي جناية الكفر وجناية المرأة تشاركها فيها فيشاركها في موجبها وهو القتل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء كما مر من الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة اصليا وعارضا وثبت تعليله عليه الصلوة والسلام بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا لعموم ما رواه بعد ان عمومه مخصص بمن بدل من الكفر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو ان الاصل في الاجزية ان يتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة هذه الدار لها فهذه دار اعمال وتلك دار اجزائها وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الا لمصالح تعود الينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب القتل بالردة ان يكون لدفع شر حرابه لا جزاء على فعل الكفر لان جزاءه اعظم من ذلك عند الله تعالى فتختص بمن يتأتى منه الحرب وهو الرجل ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بانها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأي وتبع تقتل لا لردتها بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حبست لانها امتنعت عن اداء حق الله تعالى بعد ان اقرت به فتحبس كما في حقوق العباد وقد روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن تحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي بلاغات محمد قال حدثنا عن ابن عباس رض قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست واما ما رواه الدارقطني عن جابر رض عن امرأة يقال لها ام مروان ارتدت عن الاسلام فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرض عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فضعف بمعمر بن بكار واخرجه ايضا من طريق آخر عن جابر رض ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها فابت ان تسلم فقتلت وفيه ضعيف بعبد الله بن اذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل قال عبد الله بن عطارد بن اذينة منكر الحديث وروى حديث آخر عن عائشة رض ارتدت امرأة يوم أحد فامر عليه الصلوة والسلام ان تستتاب فان تابت والا قتلت وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه يضع الحديث مع انها معارضة باحاديث آخر مثلها وامثل منها ما اخرجه الدارقطني عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عيسى الجزري قال الدارقطني كذاب يضع الحديث واخرج ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة رض ان امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة ما يرويه غير محفوظ واخرج الطبراني في معجمه ثنا الحسن بن اسحق التستري ثنا هرمز بن معلى ثنا محمد بن سلمة الفزاري عن مكحول عن ابي طلحة اليعمري عن ابي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان ابت فاستتبها وتقدم رواية عن ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس رض فيما اسند الدارقطني عن ابن معين انه قال كان الثوري يعيب على ابي حنيفة رح حديثا كان يرويه عن عاصم عن ابي رزين لم يروه غير ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين مدفوع بانه اخرجه الدارقطني عن ابي مالك النخعي عن عاصم به فزال انفراد ابي حنيفة رح الذي ادعاه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر رض انه في ام ولد نصرت ان تباع في ارض ذات مؤنة عليها ولا تباع في اهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير اهل دينها واخرج الدارقطني عن علي رض المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس **قوله** ويزول ملك المرتد عن املاكه زوالا مراعى

قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله كلاهما لورثته وقال الشافعي رحمه الله كلاهما فيء لانه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئاً ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده

بشرط ان

موقوفاً غير باب في الحال فان اسلم عادت امواله على حالها الاول وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر امره فعمل السبب وهو كونه كافراً حربياً عمله مستنداً الى وقت الردة كالمشتري بشرط الخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستنداً الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعي رحمه الله تقتضي انه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعاً كالرجوع في الهبة وبه صرح بعض الشارحين ورد عليه ان لا معنى للزوال المراعا والموقوف لانه اما ان يزول اولا فاجاب بانه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعاً والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع قالوا اي المشائخ هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه والاصح من قول الشافعي رحمه الله مثل قوله وبه قال مالك رحمه الله واحمد رحمه الله في رواية وقولهما قول آخر للشافعي رحمه الله ووجهه انه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف الا بماله واثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه فما لم يقتل يبقى ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول ملكه ما لم يقتل ببقاء ملكه ولابي حنيفة رحمه الله انه كافر حربي مقهور تحت ايدينا الى ان يقتل والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربياً يوجب زوال ملكه ومالكيته

فسئل

ومقتضى هذا ان يزول في الحال على البتات الا انه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه والنفس تميل الى ما حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وهو زوال الملك وصار كان لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب عمله وان ثبت منه احد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى ان الحرابة لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربي يملك غير ان مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد حربياً فصار ما يقتضي زوال عصمة نفسه وماله تبعاً وهو لا ينفي قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستنداً ولهذا زاد قوله مقهوراً تحت ايدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم ان حقيقة المراد بالردة يزول ملكه زوالاً باتاً فان استمر حتى مات حقيقة او حكماً باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة فان عاد عاد الملك وهما يريان من الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فيقول ابو حنيفة رحمه الله ان الردة لما اقتضت الزوال والاجماع

بكمالها

على انه ان عاد وماله قائم كان احق به وجب ان يعمل لهما فيقول بالردة يزول ثم بالعود يعود شرعاً هذا وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ ابو نصر البغدادي ان ابا يوسف رحمه الله جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فيصير تبرعاته من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فيعتبر من الثلث وجه قول محمد رحمه الله انه في معرض التلف فهو اسوأ من المريض حالاً وابو يوسف رحمه الله يمنعه ويقول المرتد متمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه

قوله وان مات او قتل على ردته او حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا كلا الكسبين لورثته وقال الشافعي رحمه الله ومالك رحمه الله واحمد رحمه الله كلاهما فيء لانه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر اجماعاً فيبقى ماله مال حربي لا امان له لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فيكون فيئاً ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه من انه مكلف محتاج الخ فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وهذا لا ينتقض على الشافعي رحمه الله الا اذا بينا كيفية الاستناد وهو ان يقال ان اخذ المسلم اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب الحكم باستناده شرعاً الى ما قبيل ردته والا كان توريث الكافر من المسلم ومحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام او نقول استحقاق المسلمين بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة وكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ للاب قال الله تعالى افمن كان ميتاً فاحييناه ولابي حنيفة رحمه الله ما قالاه في جهة التوريث الا انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة وهو الموت

ثم انما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة وبقي وارثاً الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رح اعتباراً للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثاً له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فاراً وان كان صحيحاً وقت الردة

فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بمجرد ردته زال ملكه فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكاً له فلا يمكن استناد التوريث فيه الى ما قبل موته الحكمي اعني الردة لانا انما يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر ان الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلافي المتقدم وهو ان المرتد تزول املاكه بالردة المستمرة على ما حققنا عنده وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقي او الحكمي باللحاق واذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكاً له ثم اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والغرض انه مال مملوك فلا بد من ارثهم له ثم ثم يستدعي استناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار كسبه ما اكتسب في زمن الردة موجوداً قبلها حكماً لوجود سببه وهو نفس المرتد وان كان معدوماً احساساً **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة بان كان حراً مسلماً وبقي كذلك الى وقت موته او لحاقه في رواية عن ابي حنيفة رح رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار الاستناد في الارث فان المستند لا بد ان يثبت اولاً ثم يستند فيجب ان يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو اسلم بعض قرابته او ولد من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية وعنه انه يرثه ما كان وارثاً عند الردة فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية ابي يوسف رح عنه فلا يبطل استحقاقه اي استحقاق من كان وارثاً عند الردة بعروض موت ذلك الوارث او ردته بعد ردة ابيه بل اذا مات او ارتد تخلفه وارثه وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية قول الكرخي رح لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت او اللحاق وهي رواية محمد رح عنه قال في المبسوط وهذا اصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده الا ترى ان الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في انه يصير معقوداً عليه ويكون له حصة من الثمن الا انها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع فلو كان من بحيث يرثه كافراً او عبداً يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يموت او يلحق او اسلم ورثه وهو قول ابي يوسف رح ومحمد رح الا ان الكرخي رح حكى بينهما خلافاً في اللحاق فعند ابي يوسف رح يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق وعند محمد رح يوم اللحاق لا الحكم وجه ابي يوسف رح ان العارض يعني الردة يتوهم زواله فيتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه محمد رح ان باللحاق تزول العصمة والامان والذمة في حق المستأمن والذمي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فيؤدي الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال اداء الكتابة وجوابه من قبل ابي يوسف رح ان اللحاق ليس حقيقة الموت المايوس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضاء بل في حكمه لانقطاع ولايتنا عنه واحكامنا فلا يثبت به احكام الموت قبل ان يتأكد وذلك بالحكم به **قوله** وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وهي في العدة لانه يصير فاراً وان كان صحيحاً وقت الردة وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره اشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهي في العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضاً فلا اشكال في ارثها فقد يقال كون الردة تشبه الطلاق فصار بان يحيل بالردة كانه طلقها او لغرض صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار والتحقيق ان يقال الردة كانه مرض الموت باختياره لسبب المرض ثم هو اصراره على الكفر مختاراً في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى جعل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم مات قتلاً او حتف انفه او لحاقه فيثبت حكم الفرار وروى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح انه ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته وقال ابو يوسف رح وهو تفريع على رواية الاكتفاء بتحقق صفة الوارث حالة الردة فقط وهي رواية ابي يوسف رح وما في الكتاب على رواية الحسن بن زياد

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد **قال** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه صار حربا باللحاق من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف

وبقائه بالصفة الى الموت او على رواية اعتباره وقت موته فقط بلا اشتراط قيام العدة يقتضي انها موطوءة ولا ترث غير المدخولة فهو كذلك وذلك لان بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير اجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزوج او لحاقه اثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وبهذا ايضا الا ترى التي انقضت عدتها **قوله** والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها اذ المرأة لاحراب منها سواء كانت كافرة اصلية او صارت كافرة فلم يوجد سبب الفيء وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسب اسلامها وردتها على ملكها فيرثها ورثتها بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال او في المال باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تجب ابدا نيا فلا يورث **قوله** ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض او لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وبهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وفي العدة بخلاف ما قررنا في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته لما باشر ته بسبب مرض موته ثم باجز جعل مطلقا في مرضه واذا مات ثبت حكم الفرار **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا او حكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت ديونه المؤجلة ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته المسلمين باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في ايام ردته على قولهما كما مر ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام واما ما اوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف فيه وذكر الولوالجي ان الاطلاق قوله وقولهما ان الوصية بغير القربة لا تبطل لان للبقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند ابي حنيفة رح تتوقف فكذا هنا قيل واراد بالوصية بغير القربة الوصية للنائحة وللمغنية وقال الطحاوي لا يبطل منها ما يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد رح لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا ان تنفيذ الوصية بحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة او لحقه بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرنا آنفا وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح يبقى ماله موقوفا ويحفظه الحاكم الى ان يظهر موته ثمة او يعود مسلما فياخذه لانه اي اللحاق نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام احكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى بخلاف الغيبة في بلد اخرى من دار الاسلام فان احكام الاسلام وولاية الزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضي به سابقا على القضاء بشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لان القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا فاذا لحقت الحربية فلزوجها ان تزوج باختها قبل انقضاء عدتها ولانه لا عدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت او عادت مسلمة لم يضر نكاح اختها لان العدة بعد ان سقطت لا تعود

وتقضى الديون التى لزمته فى حال الاسلام مما اكتسبه فى حال الاسلام وما لزمته فى حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه فى حال ردته قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن ابى حنيفة رح وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذى وجب له الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذى فى تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثانى ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمى اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجرى الارث فيهما والله اعلم قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله فى حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ما صنع فى الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم

ثم المعتبر فى كون الوارث وارثا عند اللحاق فى قول محمد رح لانه السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال اى احتمال عوده اى اللحاق لا يوجب احكام الموت الا اذا كان امرا مستقرا وهو امر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر وعند ابى يوسف رح يعتبر كونه وارثا وقت القضاء حتى لو كان ممن يحيث يرث وقت الردة كافرا او عبدا او وقت القضاء مسلما معتقا ورث عند ابى يوسف رح الا عند محمد رح وهذا لانه اى اللحاق انما يصير موتا بالقضاء لانه بمجرد غيبة فتقررها بالقضاء به ويتقرر يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد مر تمام وجهى القولين والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهى على هذا الخلاف فى الامر وعلى الاحكام التى ذكرناها من عتق مدبرها وحلول ديونها قوله وتقضى ديونه التى لزمته فى حال الاسلام مما اكتسبه فى حال الاسلام وديونه التى لزمته فى حال ردته وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شئ ورثته الورثة والا لا يورثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شئ من كسب الردة عن ابى حنيفة رح انه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رح وهذا التفصيل المذكور رواية عن ابى حنيفة رح قيل رواها زفر رح عنه ولم ينسب الكرخى رح هذه الى ابى حنيفة رح بل قال وقال زفر رح والحسن رح ما لحقه فى حال الاسلام الخ وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فيقضى منه الديان جميعا فان وفى فكسب الردة فيئ لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا فى هذه الصورة الا ان يفضل عن كسب الاسلام شئ عن الدينين فان لم يف كمل من كسب الردة وهى رواية الحسن بن زياد عنه وعنه عكسه وهو انه يقضى الديان جميعا من كسب الردة فان وفى بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كمل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شئ وهذه رواية ابى يوسف رح عنه وجه الاول وهو التفصيل ان المستحق بالسببين وهو دين الاسلام ودين الردة مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذى وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذى حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثانى وهو رواية الحسن ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه فيه الوارث ومن شروط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث وهو مقدار ما عليه من الدين فيقدم الدين مطلقا عليه اما كسب الردة فليس مملوكا لبطلان اهلية الملك بالردة عند ابى حنيفة رح فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه فان قيل كيف يقضى منه وهو فيئ عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين اجاب فقال لا بعد فى هذا فان الذمى اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه اولا وما فضل يكون للمسلمين فكذلك ههنا قال فى المبسوط وعلى هذا الاتفاق تصرفه فى الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام وجه الثالث وهو رواية ابى يوسف رح من كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه بمعنى انه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق فى مال المريض الا انه قد ذكر ان لا كسب لزوال غير انه لا يلزم من كونه خالص حقه لمديونه انه ملكه الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه كان قضاء دينه منه اولى الا انه لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه قال فى المبسوط وعلى هذا نقول عند الرهن قضاء الدين فانه اذا قضى دينه من كسب الردة او رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن ابى حنيفة رح ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه فى حال ردته قضى منه وقال ابو يوسف رح ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين جميعا لانهما ملكه عندنا حتى يجرى فيهما الارث قوله وما باعه المرتد او اشتراه او اعتقه او رهنه الى آخره وقال المصنف رح اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك فى الاستيلاد ولا الى تمام الولاية فى الطلاق فان الاستيلاد يصح فى جارية الابن وحق المرتد فى ماله اقوى من الاب فى جارية ابنه وكذا يصح دعوة السيد ابن امة مكاتبه وحق المرتد فى ماله اقوى من حق المولى فى كسب المكاتب لان المال

ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه
قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل القتل لا يرثه
فيصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابي يوسف رح تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل
وصار كالمرتدة وعند محمد رح تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة
لانها لا تقتل ولابي حنيفة رح انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل
دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر ويتوقف تصرفاته لتوقف حاله وكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب
خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل

موقوف على حكم ملكه حتى اذا اسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيهما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فانه لا ولاية له على نفسه
واورد عليه ان بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق أجيب بانه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق فقد سلف ان المبانة يلحقها صريح الطلاق
ما دامت في العدة وصرح في المحيط بان الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع ان الردة لا يلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ومن هذا
القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لانها لا تبتني على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانها تعتمد الملة و
لا ملة له لانه غير مقر على ما انتقل اليه من دين سماوي او غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وهذا حاصل ما فسره ظهير الدين من ان المراد الملة التي
يدينون بها كالنكاح والتوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق في نكاحه من ذلك لانه لا يقر حتما ومن هذا القسم ارثه واما الارث منه فقد تقدم انه ثابت
لورثته المسلمين وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة بين الشريكين ولا مساواة بين المسلم والمرتد ليتوقف عقد المفاوضة
فان اسلم نفذت وان مات او قتل او قضي بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن يصير عنانا عندهما وعند ابي حنيفة رح تبطل اصلا لان في العنان وكالة
وهي موقوفة عنده قوله ومختلف في توقفه وهو ما عددناه من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده
هي موقوفة ان اسلم نفذت وان مات او لحق او قتل بطلت لهما ان الصحة للمعاملات التي ذكرنا تعتمد الاهلية ولا خفا لها والنفاذ يعتمد الملك
في وجود الاهلية لكونه مخاطبا بالايمان وكذا قتله فرع كونه مكلفا وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه يعني من قوله مكلف محتاج الخ ومما يوضح
كون ملك المرتد باقيا انه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة او امة مسلمة لستة اشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولو ان ولده قبل
الردة مات بعدها قبل موته ولحاقه لا يرث واذا كان ملكه قائما واهليته نفذت تصرفاته عندهما الا ان عند ابي يوسف رح يصح كما يصح من الصحيح في
جميع المال لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فلا يكون كالمريض وعند محمد رح يصح من الثلث كما يصح من المريض لان
من انتحل نحلة لا سيما اذا كان بها معرضا عما نشأ عليه فلما تركه فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا ان ابا يوسف رح يقول بيده
دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض ولابي حنيفة رح انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك اي
عوده لما حررنا من ان المراد انه يزول ملكه ثم يعود لعوده الى الاسلام من انه حربي مقهور نفسه وماله تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه فان
التصرفات الشرعية المذكورة توجب املاكا لمن قامت به وزوال املاك مثلا البيع يوجب ان يملك المبيع وان يخرج من ملكه الثمن والاجارة كذلك
والغرض ان ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات احكامها في الحال فان اسلم افادته مبين وقعت وهذا معنى التوقف فصار المرتد
كالحربي يدخل دارنا بلا امان فيؤخذ اي يؤسر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل واسترق لم ينفذ منه هذه
او اسلم لم يؤخذ له مال فكذا المرتد وقوله واستحقاقه الخ جواب عما يقال المرتد يجب ان يكون كالمقضي عليه بالقصاص والرجم لانه مقهور تحت ايدينا للقتل عينا خصوصا
فانه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غيرها محتمل في حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملكه وينفذ منهما عن مالهما وتصرفاتهما نافذة فاجاب بالفرق بان استحقاق
القتل في الفصلين اي الحربي والمرتد لبطلان العصمة بانتفاء سببها وهو الاسلام فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني والقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلك بسبب
جزاء على الجناية مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى مالكا حقيقة لعصمة ماله لقيام سببها ولهذا لو قتل القاتل غير ولي القصاص قتل به وانما يقتل كل منهما لما هو
من حقوق تلك العصمة بخلاف المرتد لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال ابو اليسر قال الاحسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر

فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلماً احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلماً قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلماً لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه لا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد يتبعه لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لانها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالاً والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكاً قديماً

الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم وحاصل مراده ان المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند ابي حنيفة رحمه الله بل نقول انما اوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بالطريق الاولى لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد

قوله وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه نقداً او عرضاً اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه بالموت المحكوم به واذا عاد مسلماً فقد احياه الله تعالى حيوة جديدة ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة اذا لحقت وعادت مسلمة عن قرب تتزوج من ساعتها لانها فارغة عن النكاح والعدة كانها ميتة لان قال الله تعالى أفمن كان ميتاً فاحييناه فاذا احيي احتاج اليه فيقدم على الوارث وعلى هذا لو احيى الله سبحانه ميتاً حقيقة واعاده الى دار الدنيا كان له اخذ ما في يد ورثته بخلاف ما ازاله الوارث عن ملكه سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع او هبة او لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لا يعودون في الرق لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح له وهو اللحاق مرتداً لانه كالموت الحقيقي فنفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم لمولاهم اعني المرتد الذي عاد مسلماً هذا اذا جاء مسلماً بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلماً قبل الحكم باللحاق فكانه لم يزل مسلماً كانه لم يرتد قط لما ذكرنا من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء وما لم يستقر لا يورث فتكون امهات اولاده ومدبروه على حالهم ارقاء وما كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون الى اجلها الحاكم بتقرير الموت وصار كالعبد اذا ابق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الآبق كان لم يكن **قوله** واذا وطئ المرتد جارية نصرانية او يهودية كانت له في حال الاسلام فجاءت بولد لستة اشهر او اكثر ولو الى عشر سنين منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ويثبت للامة حق امومية الولد ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورث الابن ان مات المرتد على ردته او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا انه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير واما انه لا ترثه فلان الام اذا كانت يهودية او نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لا الامة لقرب المرتد الى الاسلام للجبر عليه والظاهر انه لا يؤثر القتل على العود وصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد ولا غيره واما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها وانما يجعل تبعاً لها لانها خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد ولا يقال لم لم يجعل تبعاً للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعاً للدار اذا لم يكن معه احد ابويه بان يسبي وليس معه احدهما او يلتقط في دار الاسلام ولا يظن ان هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لانه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعداً احتراز عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فانه يرثه اذا مات او لحق او قتل على ردته وذلك للتيقن لحصول العلوق في حال اسلام ابيه المرتد فكان الولد مسلماً والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ذكر في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة فيضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم ان الصحيح ما رواه محمد عن ابي حنيفة رحمه الله ان من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت الردة او حدث بعدها انتهى وقد قدمنا انه صح من قول شمس الائمة وعلى هذا فيكون تخصيصاً لقوله عليه الصلوة والسلام لا يرث المسلم الكافر بالكافر الاصلي الا انه يحتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين ماله اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ما قدمناه فارجع

وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة والكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعل الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه وإذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة رح وقالا الدية فيما اكتسبه في الإسلام والردة جميعاً لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الإرث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثاً عنه والثاني فيئاً عنده وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة أما الأول فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت بخلاف ما إذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا بالردة وأما الثاني فمعناه إذا قضي بلحاقه لأنه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية وإسلامه حيوة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى وإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى قال فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح وزفر رح في جميع ذلك نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان كما إذا قطع يد مرتد فأسلم ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة وهذا لأنه معتبر بقيام العصمة في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحال البقاء بمعزل من ذلك وصار كقيام الملك في حال اليمين

اليه وهذا كله بناء على كونه اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر يحكم بان العلوق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به لستة اشهر النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها في حالة الاسلام يجب ان يعتبر العلوق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لاقل من سنتين بلحظة لانه احوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلماً يرثه وان كان على خلاف المذهب كالذي جاءت به لاقل من ستة اشهر ان على هذا لو جاءت به لتمام سنتين فصاعدا لا يرث **قوله** واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على ذلك المال فهو فيء باجماع الائمة الاربعة وانما يخالف الائمة الثلاثة فيما في دار الاسلام من الباقي من ماله على ما تقدم انه عندهم محفوظ له الى ان يظهر موته فيصير فيئاً ولا يشكل كون ماله فيئاً دون نفسه فان مشركي العرب كذلك وان لحق ثم رجع واخذ مالاً والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو انهم ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم وان وجدوه بعدما اخذوه بقيمته ان شاؤا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب اعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يفصل بين ان يكون عوده واخذه المال بعد القضاء بلحاقه او قبله اما اذا كان بعد القضاء باللحاق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر واحرزه بدار الحرب واما اذا عاد قبله فلان عوده واخذه ولحاقه ثانياً يرجح جانب عدم العود ويؤكده فيتقرر موته وما احتيج الى القضاء باللحاق ليصير ورثته ميراثاً الا ليترجح عدم عوده فيتقرر موته فكان رجوعه واخذه ثم عوده ثانياً بمنزلة القضاء وفي بعض الروايات السير جعله فيئاً لان بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكاً للورثة والوجه ظاهر الرواية واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة خلافاً للائمة الثلاثة والولاء والمكاتبة اي بدل الكتابة للمرتد مسلماً لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بالعبد له ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كان الابن وكيلاً عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان كانه سلط ابنه على التصرف في ماله وحقوق العقد ترجع الى الموكل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع العتق عنه فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلماً بخلاف ما اذا كان ادى بدل الكتابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن **قوله** واذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا في مال اكتسبه في الردة والاسلام اما ان الدية في ماله فلان العواقل لا تعقل المرتد لان تحميلهم العقل باعتبار نصرهم اياه التي بها يقوى الجاني ولا نصرة منهم للمرتد واما انه عنده في كسب الاسلام فقط فلانه لا ملك عنده غيره وعندهما يملك الكل فيكون ما لزمه من الكل وعلى هذا اذا غصب مالاً فافسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة يهدر الجناية عند ابي حنيفة رح خلافاً لهما وقوله وماله المكتسب ماله مبتدأ والمكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة الا انه تركه للاهتداء اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية الامة والمكاتبة المرتدين كجنايتهم في غير الردة لان الملك فيها قائم بعد الردة والمكاتب يملك اكتسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر **قوله** واذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع او لحق ثم جاء مسلماً او مات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة فيهما اما الاول وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلاً حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للتعمد وايضاً صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد واذا اهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة واقل ما فيه دية بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك القطع فانه لا يجب الضمان اصلاً لان القطع وقع في وقت لا قيمة لها

قوله واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولىه مكاتبته وما بقى فلورثته وهذا

ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابى حنيفة رح فلان المكاتب انما يملك اكسابه

بالكتابة والكتابة لا يتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى

فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا والمهدر لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة واما الثانى وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف ومعناه اذا قضى بلحاقه فانه صار ميتا تقديرا بالقضاء باللحاقه والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى على انها قتل لانه ما ثبت سرايته بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع فى حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفى ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة واما اذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فمات فهو على الخلاف الذى نبينه قال شمس الائمة الصحيح انه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذى نبينه ما يذكر من ان على قول محمد رح يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلى هذه وهى قوله وان لم يلحق اى المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم اسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق فعند ابى حنيفة رح وابى يوسف على القاطع دية كاملة استحسانا وعند محمد رح وزفر رح فى جميع ذلك يعنى الصور الاربع وهى ما اذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته او ارتد ثم اسلم بلا لحاق او ارتد ولحق بعد القضاء او قبله ثم عاد فاسلم نصف الدية قياسا ووجهه ان اعتراض الردة اهدر السراية حتى لو قتله قاتل لا شئ عليه فاذا اسلم بعد ذلك لا ينقلب بالاسلام الى الضمان من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد او حربى فاسلم لا يجب على القاطع شئ ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لانه مسلم وتمت فيه لانه مسلم فى الحالين فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة اهدر السراية وهذا لان تخللها كائن فى حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة فى حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص فى النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة فى حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء فى ايجابها والواقع انه لا معتبر ببقائها فى ذلك فانما المعتبر قيامها فى حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفى حال الموت فيثبت الحكم وهو الضمان وحالة البقاء بمعزل اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه فصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فانت طالق ثم ابانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد ان فعلت فانت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب فى ايجاب الزكوة المعتبر وجوده اول الحول لينعقد السبب وفى آخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع يده هو الذى ارتد فلو كان القاطع هو الذى ارتد ففى المبسوط فان قتل او مات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شئ له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية فى الخطأ فى ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد قوله واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فى ايام ردته بقى بكتابته فاخذ بماله اى اسر وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه كتابته وما بقى فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا اذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة اولى واذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته واما عند ابى حنيفة رح فيشكل لانه لا يملك كسب الردة اذا كان حرا وملكه اياه مكاتبا ووجهه ان المكاتب انما ملك اكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه فى اكسابه ولا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقى وقوله الا ترى الخ توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت احكامه فالاستدلال

قال واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وعن الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعاً للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربعة مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة

على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيكون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فاولى ان لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فاذا امتنع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن وفاء واستدلال المصنف بوجه آخر خاص بدلالة حال الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع ان الرق اقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فاولى ان لا يتوقف بسبب ردته والحاصل ان عقد الكتابة يمنع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب لكونه في دار الاسلام واورد عليه بان كون احدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم انه لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز ان يتوقف التصرف اجيب مرة بان جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الا بدليل ومرة بان الكتابة مطلق التصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعاً ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى احدهما والضمام احدهما الى الآخر انضمام علة الى اخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة قوله واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الاسلام قال الولوالجي فلا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل ولا يجبر ولد الولد واجبر الولد فلانه يتبع ابويه او احدهما في الدين فيكون مسلماً باسلامهما ومرتداً بردتهما فلما كان مرتداً بردتهما جبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لانه لا يتبع جده بل اباه لقوله عليه الصلوة والسلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون ابواه هما اللذين يهودانه الحديث اي يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل تبعاً لابيه في الردة فيجبر مثله لان ردة ابيه كانت تبعاً والتبع لا يستتبع خصوصاً واصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف ابيه واذا لم يتبع الجد فيسترق او توضع عليه الجزية او يقتل لان حكمه حينئذ حكم سائر اهل الحرب اذا اسروا واما الجد فيقتل لا محالة لانه المرتد بالاصالة او يسلم وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان ولد الولد يجبر على الاسلام تبعاً لجده فجعل مرتداً تبعاً له قال المصنف رحمه الله واصله التبعية في الاسلام يعني اصل الجبر على الاسلام تبعاً للجد هو ثبوت الاسلام تبعاً للجد وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعاً للجد وفي رواية الحسن يكون تبعاً احدهما هذه والثانية صدقة الفطر للولد الصغير اذا كان جده موسراً ولا اب له او له اب معسر او عبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجب عليه والثالثة جر الولاء صورتها معتقة تزوجت بعبد وله اب عبد فولدت منه فالولد حر تبعاً لامه وولاؤه لمولى امه فاذا اعتق جده لا يجر ولاءه حافدة الى مواليه عن موالي امه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو اعتق ابوه والرابعة الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب وتقييد الحبل بدار الحرب ليس باخراج الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة اعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق اولى لانه اذا اجبر مع انه علق في دار الحرب وللدار جهة استتباع يقتضي انه العلوق عن الاسلام فلا يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام اولى هذا اذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما اما اذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لان الولد الصغير صار مرتداً تبعاً للابوين وولد المرتد يصير فيئاً بالسبي كذا ذكر ولو صح لزم انهما لو لم يلحقا به يكون مرتداً وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الا بمزيل والاحسن ما في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلماً باللحاق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئاً يجبر على الاسلام اذا بلغ كما تجبر الام عليه فان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيئاً لانه بقي مسلماً تبعاً لامه فان قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع

قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمه الله ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالي بما يشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رحمه الله لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام

الاتباع في الاسلام ابتداء لا في البقاء بما كان ثابتا الا ترى ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئا بخلاف ما لو اسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت هاتان المسئلتان وكذا اذا كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتاكد الاسلام ولا ينقطع **قوله** وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يورث منه وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله ثم رجع وقال ليس بارتداد واسلامه اسلام باتفاق الثلاثة فلا يرث ابويه الكافرين ويرث اقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له وتحل له الصحابة
المؤمنة وتبطل ماليته الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن ابي مالك رحمه الله عن ابي يوسف رحمه الله ان ابا حنيفة رحمه الله رجع الى قول ابي يوسف رحمه الله وقال زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله اسلامه ليس باسلام وردته ليس بارتداد لهما اي زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله في عدم صحة اسلامه انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا للتنافي بين صفة الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل اصلا مستقلا به ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق ولنا فيه اي اسلامه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور اما افتخاره فمما نقل من قوله رضي الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي واما ما عن الحسن انه اسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه احد عليه سوى رواية عن احمد رحمه الله لم تصح بل الصحيح عنه انه اسلم ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقرار الحال يبطل رواية الخمس عشرة سنة لانه اذا كان يوم البعث ابن ثمان سنين فقد عاش بعده ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم اسند عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فمتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين سنة ولم يقل احد واخرج البخاري في تاريخه عن عروة اسلم علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه اسلم وهو ابن عشر سنين واخرج ايضا عن ابن عباس رضي الله عنه رفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي رضي الله عنه يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم ابن سبع او ثمان سنين وما ذكر الثعلبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي ان عمره حين اسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه عليه السلام عرض الاسلام على علي وهو غلام لم يبلغ وقد يقال لتصحيحه عليه الصلوة والسلام اسلامه ان اريد في احكام الآخرة فمسلم وكلامنا في تصحيحه في احكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث اقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت اسلامه امكن ان يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد اورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو اوجه قيل ومن اقبح القبائح ان لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه الصلوة قيل ومن العجب من الشافعي رحمه الله كيف يصحح اختياره لاحد ابويه عند الفرقة مع ظهور انه انما يختار من يطلق عنانه الى هويته من اللعب ونحوه ولا يصحح اختياره المقطوع بخيريته فان قيل هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك ان لو قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن ابي منصور والمعتزلة ولو تم اسقطنا الواجب لكنا انما نختار انه يصح ليترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ اجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغا وعن احمد ومالك رحمهما الله يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه والتصديق الباطني يحكم به الاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد اتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح ان يقال لم تدخل فلم تثبت مع الدخول والاتصاف فان قال الايمان الذي اعتبر منه هو المعتبر لم يدخل في الوجود لا نفسه ولكن

الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا

اقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما لعدم اهلية الصحة وهو منتف لانه جعل اهلا للنبوة كما في يحيى عليه السلام وهو فرع الايمان والاتفاق على اهليته للصلوة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما واما لعدم اهلية الوجود فلزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا واما لحاجز شرعي وهو منتف ولا يليق ان يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه مع عقليته ومعرفته نعم مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الفرض كما انه لو كان يواظب الصلوة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنية اداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على انه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ اما عند فخر الاسلام فلانه يثبت اصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدث العالم وعقليته دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكوة واما عند شمس الائمة فلا وجوب اصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد صار كالمسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين او لاسلامه وابواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يغفل اهل الاجماع عن آخرهم واما قوله يشوبه ضرر قلنا ما تعاقب السعادة الابدية وتزول به توقع مضرة ابدية من رد اسلامه يستمر على الكفر كل عاقل بعينه ولا يبالي معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الآخر واما التنافي الذي ذكر فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا واصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل واقر مختارا فنقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي اصلا وفي المبسوط منع المضادة واجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو نوته صارت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلهما امرين يتايد احدهما بالآخر قال المصنف وهم في الردة يعني الشافعي وزفر وابا يوسف انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق بهم اعلى المنافع ودفع اعظم المضار ولابي حنيفة ومحمد ما قلنا من انها موجودة حقيقة بوجود حقيقتها من الانكار والاقرار به ولا مرد للحقيقة فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر الا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقائق الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم او الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن ان يجعله عارفا اذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنيته يجعل صائما شرعا فلو اكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما وكذا اصلى ثم افسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه جائز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجائز كونه جاهلا في ذلك فان لم تكن حالية لذلك منعناها بخلاف القبول فان علمنا علمه بالمصلحة يجعله جاهلا واذا ثبت ان الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزم ضررها بالضرورة الا ترى انا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر **قوله** الا انه اي الصبي المرتد يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن ودفع اعظم المضار ولا يقتل وهذه رابعة اربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احدها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل كقول مالك ره والشافعي ره وقد بينا من قريب وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت

والصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

تبعا لغيره صار شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وبه قال مالك والشافعي واحمد وفي الاستحسان لا يقتل مرتدا لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على راسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شيء ذكر الكل في المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف في توجيه عدم قتله لانه اي القتل عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وبين ان الكلام كله في الصبي الذي يعقل الاسلام وفي المبسوط اد كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف مرحمة عليهم بانه يعذب في الآخرة مخلدا فليس بمرحوم ونقل ذلك من اسرار والمبسوط وجامع التمرتاشي وعزا التمرتاشي هذه الرواية الى التبصرة فالاولى في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة اسلامه انتهى ولفظه في المبسوط في هذه المسئلة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من اهل ان يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببه سائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شيء ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة وكذا لا يصح اسلامه وكذا المجنون لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه والسكران الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك رح واحمد رح في رواية والشافعي رح في قول وقال في قول آخر يصح ارتداده كطلاقه قلنا الردة تبتني على تبدل الاعتقاد ونعلم ان السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم طلاق الناسي وتقدم في كتاب الطلاق وفيه زيادة احكام فارجع اليه في فصل ويقع طلاق كل زوج الخ **فروع** كل من ابغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالساب بطريق اولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته في اسقاط القتل قالوا هذا مذهب اهل الكوفة ومالك ونقل عن ابي بكر الصديق رض ولا فرق بين ان يجيء تائبا من نفسه او شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابي لا اعلم احدا خالف في وجوب قتله واما قتله في حقه تعالى فتعمل توبته في اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى واذا تهود نصراني وعكسه لا يؤمر بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه اداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا اعتق المرتد عبده ثم اعتقه ابنه ثم مات المرتد او قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت او حقيقة او حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم يسقط الدين فانه ينفذ والفرق في المبسوط من عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد فميراثه لمعتقه لا لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رح قال لا يقبل في القتل الا اربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع ويقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة

باب البغاة

اهل العلم الا عند الشافعي رح في وجه في العبد الى سيده ومن اصاب حدا ثم ارتد ثم اسلم ان لم يلحق بدار الحرب اقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقام عليه وعند الشافعي رح واحمد رح يقام مطلقا والمبني ظاهر وقد منا انه لا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين واما من يبطن الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب ان يكون حكمه في عدم قبول توبته كالزنديق لان ذلك في الزنديق لعدم الاطمينان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله في الاخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله اما بان يعثر بعض الناس عليه او يسره الى من امن اليه والحق ان الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق والزنديق ان كان حكمه ذلك فيجب ان يكون مبطنا كفره الذي هو عدم التدين بدين او يظهر تدينه بالاسلام او غيره الى ان ظفرنا به وهو عربي والا فلو فرضناه مظهرا لذلك حتى تاب يجب ان لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين كفرهم اذا اظهروا التوبة وكذا من علم انه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته وقال اصحابنا للسحر حقيقة في تاثيره في ايلام الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخييل وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين اهل العلم واعتقاد اباحته كفر وعن اصحابنا ومالك رح واحمد رح يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه اولا ويقتل وقد روى عن عمر وعثمان وابن عمر رضي الله عنهم وكذلك عبد الله بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفي حديث مرفوع رواه الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القرآن ثنا ابن قانع ثنا بشر بن موسى ثنا ابن الاصفهاني ثنا ابو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربه بالسيف انتهى يعني القتل قال وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عند الوليد بن عقبة مشهورة وعند الشافعي رح لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته واما الكاهن فقيل هو الساحر وقيل هو العراف وهو الذي يحدس ويتخرص وقيل هو الذي له من الجن من ياتيه بالاخبار قال اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وان اعتقد انه تخييل لم يكفر وعند الشافعي رح ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانها تفعل ما يلتمسه كفر وعند احمد رح حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر رض اقتلوا كل ساحر وكاهن وفي رواية ان تاب لم يقتل ويجب ان لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه واما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الارض لا بمجرد عمله اذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره

واذا طلب المرتدون الموادعة لا نجيبهم الى ذلك

باب البغاة

قدم احكام قتال الكفار ثم عقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغي في اللغة الطلب بغيت كذا اي طلبته قال الله تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغي ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغي في عرف الفقهاء الخارج على امام الحق والخارجون عن طاعته اربعة اصناف احدها الخارجون بلا تاويل بمنعة وبلا منعة يأخذون اموال المسلمين ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني قوم كذلك الا انهم لا منعة لهم لكن لهم تاويل فحكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان اخذوا مال المسلمين قطعت ايديهم وارجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتاويل يرون انه على باطل كفر او معصية توجب قتاله بتاويلهم وهؤلاء يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين واموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور اهل الحديث حكم البغاة وعند مالك يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض اهل الحديث الى انهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله عليه الصلوة والسلام يخرج قوم في آخر الزمان احداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من قول خير البرية يقرؤن القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتهم فاقتلهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه البخاري وعن ابي امامة انه راى رؤسا منصوبة على درج

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن عليا رضـ فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به

مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا امامة هذا شيء تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة والنقل الأول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الحضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فإذا نفر خمسة يشتمون عليا رضـ وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه فأتيت به عليا رضـ فقلت إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقري فقال علي رضـ خل عنه فقلت قد كان عاهد الله ليقتلنك فقال أفأقتله ولم يقتلني قلت فإنه قد شتمك قال فاشتمه إن شئت أو دعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن بالخارجين منعة لا يقتلهم وأنهم ليسوا كفارا لا بشتم علي ولا بقتله إلا إذا استحله فإن من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤديه إلى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تأويل وإلا لزم تكفيرهم فإن الخوارج يستحلون القتل بتأويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكر محمد رحـ أيضا حيث قال وبلغنا عن علي رضـ أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة إذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضـ كلمة حق أريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نداؤهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك إذا أخذ علي رضـ في الخطبة ليشوشوا خاطره فإنهم كانوا يقصدون بذلك نسبته إلى الكفر بالرضا بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضـ كلمة حق أريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل أن الخوارج إذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعذر بالتعريض بالشتم لأن نسبته إلى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم من مسلمين خرجوا على إمام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة **قوله** وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة إمام الناس وهم في أمان والطرقات آمنة دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم التي أوجبت خروجهم لأن عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل مستحب لأنهم كمن بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا وتستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رضـ لمعاذة أحرورية أنت أسند النسائي في سننه الكبرى في خصائص علي رضـ إلى ابن عباس رضـ قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلي رضـ يا أمير المؤمنين أبرد بالصلوة لعلي أكلم هؤلاء القوم قال إني أخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس رضـ ما جاء بك قلت أتيتكم من عند أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم المهاجرين والأنصار ومن عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت ما نقمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا أما أحدهن فإنه حكم الرجال في دين الله وقد قال الله تعالى إن الحكم إلا لله قلت هذه واحدة قالوا وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغنم فإن كانوا كفارا لقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم وإن كانوا مؤمنين لقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه أخرى قالوا وأما الثالثة فإنه محى نفسه من أمير المؤمنين فإن لم يكن أمير المؤمنين فإنه أمير الكافرين قلت أعندكم

ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤوه فإن بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدوري رح في مختصره وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده رح أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً وهم مسلمون بخلاف الكافر لأن نفس الكفر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الإمكان والمروي عن أبي حنيفة رح من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام أما إعانة الإمام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة

ثم غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم أرأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم أترجعون قالوا اللهم نعم قلت أما قولكم إنه حكم الرجال في دين الله فأنا أقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه إلى الرجال في أرنب ثمنها ربع درهم قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم إلى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أنشدكم الله أحكم الرجال في حقن دمائهم وأنفسهم وإصلاح ذات بينهم أحق أم في أرنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دمائهم وإصلاح ذات بينهم قال أخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قال وأما قولكم إنه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة رضي الله عنها فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم لئن فعلتم لقد كفرتم فإن قلتم ليست أمنا فقد كفرتم قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم فأنتم بين ضلالتين فأتوا منهما بمخرج أخرجت من الأخرى قالوا اللهم نعم قال وأما قولكم إنه محى نفسه من أمير المؤمنين فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشاً يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتاباً فقالوا اكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله إني لرسول الله وإن كذبتموني يا علي اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي رضه فقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك محواً من النبوة أخرجت من هذه الأخرى قالوا اللهم نعم فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم فقتلهم المهاجرون والأنصار وروى الحاكم أن عبد الله بن شداد استحلفته عائشة رضه عن الذين قتلهم علي رضه فقال لما كانت حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بأرض يقال لها حروراء من جانب الكوفة إلى أن قال فبعث إليهم علي عبد الله بن عباس فخرجت معه حتى إذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكوى خطيباً فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فأنا أعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فردوه إلى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس رضه الكتاب ووضعوه ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكوى حتى أدخلهم الكوفة على علي رضه إلى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم **قوله** ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤوه هكذا ذكر القدوري وهو باعتبار ما هو من قول علي رضه ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا وذكر الإمام الأجل المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤوا حقيقة وهو قول مالك رح وأحمد رح وأكثر أهل العلم لأن قتل المسلم لا يجوز إلا دفعاً وهم أي البغاة مسلمون لقوله تعالى وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ثم قال فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ونحن أدرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم وذلك هو الاجتماع على قصد القتال والامتناع لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتقوى شوكتهم وتكثر جمعهم خصوصاً والفتنة يسرع إليها أهل الفساد وهم الأكثر والكفر ما أباح القتال إلا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الإمام إلا أن أبدوا ما يجوز لهم القتال لأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلماً لا شبهة فيه بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفوهم ويرجع عن جوره بخلاف ما إذا كان الحال مشتبهاً أنه ظلم مثل تحميلهم بعض الجبايات التي للإمام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المنجنيق وإرسال الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الأخت وكان ابن أخت القاضي الإمام ابن ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد وكنيته أبو بكر واسم أبيه حسين البخاري وهو معاصر شمس الأئمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته لأن شمس الأئمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربعمائة وفخر الإسلام أيضاً معاصرهما وتوفي سنة اثنتين وثمانين وأربعمائة وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الإمكان والمروي عن أبي حنيفة رح من قوله

فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعاً لشرهم كيلا يلتحق بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تاويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان علياً رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها

الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلوة والسلام من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار وقال لواحد من الصحابة رض كن حلساً من احلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد محمول على ما اذا لم يكن له امام وما روي عن جماعة من الصحابة رض انهم قعدوا في الفتنة محمول على انه لم يكن لهم قدرة ولا غنى وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال كما روي عن بعضهم انه اتى علياً رض يطلب عطاءه من بيت المال فمنعه علي رض وقال له اين كنت يوم صفين فقال اعطني سيفاً اعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله تعالى وانما قال فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله وما روي اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار محمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين اهل القريتين والمحلتين او لاجل الدنيا والمملكة قال الذهبي بسند صحيح عن ابي وائل عن ابي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال رأيت كان قباباً في رياض فقلت لمن هذه فقالوا لذي الكلاع واصحابه ورأيت كان قباباً في رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر واصحابه فقلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضاً قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لان قتالهم عن اجتهاد **قوله** فان كان لهم فئة اجهز على جريحهم اي يسرع في اتمام قتله واتبع موليهم على البناء للمفعول فيهما بالقتل والاسر دفعاً لشرهم كيلا يلتحقا اي الجريح والمولي بهم اي بالفئة على معنى القوم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم لاندفاع الشر بدون ذلك وهو المطلوب وقال الشافعي رح واحمد ايضاً لا يجوز ذلك اي الاجهاز والاتباع في الحالين حالي الفئة وعدمها لان القتال اذا تركوه بالتولية والجراحة المعجزة عنه لم يبق قتلهم دفعاً ولا تجوز قتلهم الا دفعاً لشرهم ولما روى ابن ابي شيبة عن عبد خير عن علي رض انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريحهم ومن القى سلاحه فهو امن ورواه ايضاً ولا يقتل اسيراً وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته لان قتل من ذكرنا اذا كان له فئة لا يخرج عن كونه دفعاً لانه يتحيز الى الفئة ويعود شره كما كان واصحاب الجمل لم يكن لهم فئة اخرى سواهم **قوله** ولا يسبى لهم ذرية اذا ظهر عليهم ولا يقسم لهم مال بين المقاتلة لقول علي رض فيما روى ابن ابي شيبة ان علياً رض لما هزم طلحة واصحابه امر مناديه فنادى ان لا تقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان علي رض لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئاً فليأخذه وفي تاريخ واسط باسناده عن علي رض انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريحهم ولا تقتلوا اسيراً واياكم والنساء وان شتمن اعراضكم وسببن امراءكم ولقد رأينا في الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريدة او بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرك والبزار في مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن ام عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله اعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل اسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيئها واعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد رح بلغنا ان علياً رض القى ما اصاب من عسكر اهل النهروان في الرحبة فمن عرف شيئاً اخذه حتى كان اخره قدر حديد لانسان فاخذه وقول علي رض في الاسير تاويله اذا لم تكن لهم فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير وان كان عبداً يقاتل وان شاء حبسهم والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه يحبس لما ذكرنا من دفع الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى هذا الخيار ان يحكم نظره فيما هو احسن الامرين من كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي اذا اخذت المرأة من اهل البغي وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا في حال مقاتلتها دفعاً وانما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة **قوله** ولا باس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج اهل العدل اليه وكذا الكراع يقاتلون عليه وقال الشافعي رح لا يجوز استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا ترد قبله لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولنا ان علياً رض الخ يريد ما روى ابن ابي شيبة في اخر مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده الى ابن الحنفية ان علياً رض قسم يوم الجمل في العسكر ما اجافوا عليه من كراع وسلاح قال البصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولولا ان

قال وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزي من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال العبد الضعيف قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل ياخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه فان قتله الباغي وقال قد كنت على حق وانا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رح واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا وياثم وقال الشافعي رح في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رضه رواه الزهري رح ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالتزام او الالزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تاويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التاويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف رح في قتل الباغي العادل ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون التاويل معتبرا في حق الارث ولهما ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان

فيه اجماعا لا كان التملك ببعض الظواهر في تمليكه فان ابن ابي شيبة اسند عن ابي البختري لما انهزم اهل الجمل قال علي رضه لا تطلبوا من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة او سلاح فهو لكم وليس لكم ام ولد واي امرأة قتل زوجها فلتعتد اربعة اشهر وعشرا قالوا يا امير المؤمنين يحل لنا دماؤهم ولا يحل لنا نساؤهم فخاصموه فقال ائتوا نسائكم واقرعوا على عائشة رضه وهي راس الامر وقائدهم قال فخصمهم علي رضه وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المصنف رح ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل اي نستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه ففي مال الباغي اولى والمعنى المجوز فيه لانه دفع الضرر الاعلى وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين بالضرر الادنى وهو اضرار بعضهم لدفع ضررهم وكلهم ويحبس الامام اموالهم لدفع شرهم واضعافهم بذلك ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم وعلى ورثتهم اذا ظهر ذلك واذا حبسها كان بيع الكراع اولى لان حبس الثمن انظر ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه هذا اذا لم يكن للامام بها حاجة **قوله** وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا ياخذه الامام ثانيا اذا ظهر على البغاة لان ولاية الاخذ له انما كانت له لحمايته اياهم ولم يحمهم وما قيل ان عليا رضه لما ظهر على اهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه فيه نظر لان الخوارج لا نعلم انهم غلبوا على بلدة فاخذوا جباياتها قالوا وكان ابن عمر رضه اذا اتاه ساعي الحرورية دفع اليه زكوته وكذا سلمة بن الاكوع ثم ان كان صرفوه الى حقه اي الى مصارفه اجزا من اخذ منه ولا اعادة عليه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من اخذ منهم ان يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى قال المصنف رح قالوا اي المشائخ لا اعادة على الارباب في الخراج لانهم اي البغاة مقاتلة وهم مصرف الخراج وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك وان كانوا اغنياء افتوا بالاعادة وكذا في زكوة الاموال كلما لو اخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكوة فارجع اليه **قوله** من قتل رجلا الخ يعني اذا كان رجلان من اهل البغي قتل احدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا يباح قتلها الا ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء فان كان مباح القتل لم يجب به شيء ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لامامنا عليهم فلم يجب شيء فصار كالقتل في دار الحرب وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في اوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه **قوله** وان غلبوا على مصر من امصار اهل العدل فقتل رجل من اهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه ومعنى المسئلة كما قال فخر الاسلام انهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى ازعجهم امام العدل عن اهل المصر اي اخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم ينقطع ولاية الامام فوجب القود اما لو جرت احكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة **قوله** اذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه بالاتفاق لانه مامور بقتله فلا يحرم الميراث به وان قتل الباغي العادل وقال كنت على الحق وانا الآن على الحق ورثه فان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي العادل في الوجهين وهو قول الشافعي رح واصله اي اصل هذا الخلاف في ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن عندنا ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم وهذا بالاتفاق والباغي اذا قتل العادل بعد قيام منعتهم وشوكتهم لا يجب عليه الضمان عندنا وياثم وبه قال احمد رح والشافعي رح في قول الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال وقال الشافعي رح في القديم يضمن وبه قال مالك رح لانها نفوس واموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلما وعدوانا وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا ولنا انه اتلاف ممن لا يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يواخذ به قياسا على اهل الحرب الحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنعة مع التاويل فلو تجردت المنعة على التاويل كقوم غلبوا على اهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلا تاويل ثم ظهر عليهم اخذوا بجميع ذلك ولو تجرد التاويل عن المنعة بان انفرد واحد او اثنان

قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

فقتلوا او اخذوا مالا عن تأويل ضمنوا اذا تابوا او قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه اجماع الصحابة رض برواه الزهري قال عبد الرزاق في مصنفه ثنا معمر قال اخبرني الزهري ان سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم رجعت الى اهلها تائبة قال فكتب اليه اما بعد فان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حدا في فرج استحلوه بتأويل القرآن ولا قصاص في دم استحلوه بتأويل القرآن ولا يرد مال استحلوه بتأويل القرآن الا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه واني ارى ان ترد على زوجها وان يحد من افترى عليها انتهى ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد من التأويل ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع اي نفي الضمان وصار كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم ولا يخفى ان هذا الاعتبار وهو الحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة ينقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستند الى الاجماع المنقول من الصحابة رض والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن الالزام ثابتا فاذا ثبت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقول الشافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة منعة بما ذكرنا كان ذلك اصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول ابو يوسف رح الحاق التأويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة رض كان في دفع الضمان والحاجة هنا بالحاق الى اثبات الاستحقاق فالحاقه به بلا دليل ونحن نقول ان المتحقق من الصحابة رض جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا ما لولاه لثبت لثبوت اسباب الثبوت الا ترى انه لولا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فكذا اول ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فيمنع مقتضاه من المنع فيعمل السبب عمله من اثبات الميراث **قوله** ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرف من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لانه يقاتل بعينه لا ما لا يقاتل به الا بصنعة تحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها ولا يكره بيع الخشب المتخذة هي منه وعلى هذا بيع الخمر لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح ان الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرية **فروع** اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوي عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لانهم مسلمون ومثله في المرتدين الا انهم اذا اخذوا وملكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب اهل البغي تقدم انهم لا يضمنون ما اتلفوا وفي المبسوط روي عن محمد رح قال افتيهم بان يضمنوا ما اتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم بذلك في الحكم قال شمس الائمة وهذا صحيح فانهم كانوا معتقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطاؤهم الا ان ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيفتون به ولو استعان اهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما ان هذا الفعل من اهل البغي ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا ملتزمين حكم الاسلام في المعاملات وان يكونوا من اهل الدار فحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على ان ايهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر اهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك اهل البغي او يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة او باعطائنا الامان لهم حين اخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكن يحبسون مخافة ان يرجعوا الى فئتهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى

كتاب اللقيط

يسلموا فان ابوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لانهم خلعوا من ايدينا آمنين وحكي ان المنصور كان ابتلي بمثل اهل الموصل ثم انهم غدروا وقتلوا
ربيئة فجمع العلماء يستشيرهم في رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ابو حنيفة رحمه الله ساكت فقال له ما تقول فقال اليس انك شرطت
لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل لك شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر اخرى فاغلظ عليه القول وامر باخراجه من عنده وقال
ما دعوتك لشيء الا اتيتني بما اكره ثم جمعهم عن الغد وقال تبين لي ان الصواب ما قلت فماذا نصنع بهم قال سل العلماء فسالهم فقالوا لا علم لنا قال ابو حنيفة رحمه الله
توضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام في دارنا على التابيد والكافر اذا رضي بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر
اليه قال اذا آمن رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي جاز امانه لانه ليس اعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج الى مناظرته ليتوب ولا يتاتى
ذلك ما لم يامن كل من الآخر ومنه لمن يقول لا باس عليك ولا يجوز امان الذمي اذا كان يقاتل مع اهل البغي ولو ظهر اهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا
من اهله ليس من اهل البغي صح وعليه ان يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل بحق الرجل من اهل مصره
بشهادة من شهد عنده ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من اهل البغي اجازه وان كانوا من اهل البغي او لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم
انه منهم ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضي اهل البغي لانهم فسقة ويكره اخذ رؤسهم فيطاف بها في الآفاق لانه مثلة وجوزه بعض المتاخرين اذا كان فيهم
طمانينة قلوب اهل العدل او كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل ابيه او اخيه من اهل البغي بخلاف اخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان حرمة الاسلام
وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من اهل العدل في صف اهل البغي فقتله رجل من اهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف اهل الحرب لانه اهدر دمه
حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستامنا في دارنا وهذا لان الامان شبهة الاباحة في دمه واذا حمل العادل على
الباغي فقال تبت والقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عني حتى انظر لعلي اتوب والقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ومتى القاه كف عنه بخلاف الحربي و
لا يلزم الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب اهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من اهل البغي فارادوا ان يسبوا ذراري اهل المدينة وجب على اهل البلد ان يقاتلوا دون الذراري
لانهم لا يسبون فوجب قتالهم واذا وادع اهل البغي قوما من اهل الحرب لا يحل لاهل العدل غدرهم لانهم مسلمون وامان المسلم اذا كان في منعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا
لا يحل لاحد من اهل العدل ان يشتري منهم ولو ظهر اهل البغي على اهل العدل فلجاوا الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا مع المشركين مع اهل الشرك لان حكم اهل الشرك ظاهر
عليهم ولا يحل لهم ان يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك هو الظاهر ولا باس بان يستعين اهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان
حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم او من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا
في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر اهل العدل فرفعت اقضيته الى قاضي العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برای بعض المجتهدين لان قضاء القاضي
في المجتهدات نافذ وان كان مخالف الراي قاضي العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهر عليهم سبوا اهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة بهم امانا منهم لهم
حتى يلزمنا ما يلزمهم على ما قدمنا لان المستامن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخلوا الا ليقاتلوا المسلمين +

كتاب اللقيط

عقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال بعرضية الفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال اللقيط لغة ما يلقط اي يرفع من
الارض فعيل بمعنى مفعول ثم يسمى الولد المطروح خوفا من العيلة او من تهمة الزنا به باعتبار ماله اليه اي الى ان يلقط في العادة كتسمية قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه ولا التعلق [illegible]

اللقيط سمى به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب

قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروى عن عمر وعلى رضو ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذى لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضى به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبقه يده

من احياء نفس مسلمة فاذا لم يغلب على الظن ضياعه فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا وهو قول الشافعى رحه وباقى الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف ن
هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه او هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذى ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا
لان هذا الحكم وهو الزام التعاطى اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعى فرض **قوله** اللقيط حر كان الملتقط عبدا اى فى جميع احكامه حتى يحد قاذفه والجناية
عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف امه لانا لا نعلم حريتها ولا اقامة الحد على احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية لان الاصل فى بنى آدم الحرية
لانهم اولاد خيار المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق لعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب واغلب
فى جميع الدنيا الاحرار **قوله** ونفقته فى بيت المال اى اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف واصله ما روى مالك رح فى الموطا عن سنين ابى جميلة رجل
من بنى سليم انه وجد منبوذا فى زمن عمر بن الخطاب رضه فجئت به الى عمر رضه فقال ما حملك على اخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه
يا امير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر فعلينا نفقته وعن مالك رح رواه الشافعى رح فى مسنده وقال البيهقى وغير الشافعى رح
يرويه عن مالك رح ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال انا مالك عن ابن شهاب حدثنى ابو جميلة انه وجد منبوذا
على عهد عمر بن الخطاب رضه فاتاه به فاتهمه عمر رضه فاثنى عليه خيرا فقال عمر رضه هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال وتهمة عمر رضه دل عليها ما فى رواية محمد رحه عنه فى حديث
ابى جميلة ان قال له عسى الغوير ابؤسا وهو مثل لا يكون ظاهره خلاف باطنه واول من قاله الزباء وما قيل فيه دليل على ان الملتقط ينبغى ان يأتى به الى
الامام او لا ليس بلازم نعم من لم يتبرع بالانفاق وقصد ان ينفق عليه من بيت المال كما فعل ابو جميلة يحتاج ان يأتى به اليه فاذا جاء به الى الامام لا يصدقه فى تخريج
من بيت المال نفقته الا ان يقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر رضه عسى الغوير ابؤسا والوجه انه لا يتوقف على البينة بل ما يرجح صدقه الا ترى ان عمر رضه
لما قال عريفه انه رجل صالح اتفق عليه فان هذه البينة ليست على اوضاع البينات فانها لم تقم على خصم جاحد وانما كانت تترجح صدقه فى اخباره بالالتقاط و
كذا قال فى المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم يكن على خصم قال الواقدى وحدثنى محمد بن عبد الله ابن اخى الزهرى عن سعيد بن
المسيب قال كان عمر رضه اذا اتى بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصى به خيرا ويجعل رضاعه فى بيت المال ونفقته وروى عبد الرزاق ثنا سفيان
الثورى عن زهير بن ابى ثابت عن ذهل بن اوس عن تميم انه وجد لقيطا فاتى به الى على رضه فالحقه على مائة ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة غنيا ن فاتحه
لتجب نفقته عليهم فكانت فى بيت المال كالمقعد الذى لا مال له ولا ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان اى لبيت المال غنمه اى ميراثه وديته حتى لو وجد
اللقيط قتيلا فى محلة كان على اهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله
عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم فى مثله فعليه غرمه ولهذا كانت جنايته فى بيت المال وهذا محمل حديث الحسن ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا رضه
فقال هو حر ولان اكون وليت من امره مثل الذى وليت منه احب الى من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهى
الامامة لانه لا ينبغى للامام ان يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو احق به **قوله** والملتقط متبرع بالانفاق
عليه لعدم ولايته على ان يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب الا انه يأمر القاضى به فيكون دينا عليه يعنى بهذا القيد بان يقول انفق عليه و
يكون ذلك دينا عليه وظاهر الحصر المذكور فى قوله الا ان يأمره الى آخره لقيد انه لو امره ولم يقل ليكون دينا لا يرجع بما انفق وهو كذلك فى الاصح
لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا تر غيبه فى اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان امر القاضى

وان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره

كالمرأة للقيط بنفسه اذا كان كبير العموم ولاية القاضي فاذا انفق بالامر الذي يصير دينا عليه فبلغ فادعى انه انفق عليه كذا وان صدق اللقيط رجع به لنفسه وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة **قوله** فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف ومعناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني سابقا على دعوى المدعي او مقارنا اما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج اولى وان ادعياه معا فالملتقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلم لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وهو الذي يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسان والقياس ان لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه اذ يعير به ويحصل له من القوم تربيته ومؤنته راغبا في ذلك غير ممتن به ويد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحة هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب انتقال هذا النفع اليه لان الاب احق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم ان عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء واما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد فقيل يصح قياسا واستحسانا لانه ليس فيه قياس يخالفه والصحيح انها اي الصحة فيه الا ان وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض ووجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي احال المصنف عليه ولو ادعاه اثنان خارجيان معا فوصف احدهما علامة في جسده فطابق فهو اولى به من الآخر الا ان يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة او كان مسلما وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم ولو اقاما البينة واحدهما ذمي كان ابنا للمسلم ولو لم يصف احدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو اقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة احدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع فيه وانما قدم ذو العلامة لترجيحها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ادعاء اثنين عينا في يد ثالث وذكر احدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضى له لكان اثباتا للاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح احد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام احدهما البينة انه كان في يده قبل ذلك كان احق به لظهور تقدم اليد ولما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القافة على ما قدمناه في باب الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة وعند محمد رحمه الله لا يلحق باكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين وعن ابي حنيفة انه يجوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا تقبل الا ببينة لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأتان واقامتا البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية ابي حفص وعندهما لا يكون لواحد منهما وهو رواية عن ابي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان اللقيط محتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يقبل الا ببينة على ذلك **قوله** واذا وجد اللقيط في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون الملتقط ذميا او مسلما الا ان كان مصر الكفار ثم اخرجوا فظهرنا عليه اولا

وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك

ولانه كونه فيه كفار كثيرون او لا فان ادعاه ذمي انه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلما استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه لان في ثبوت نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت شيئين ثبوت النسب وهو ينفع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو يضره وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بان اسلمت امه فصححنا دعوته فيما ينفعه في ثبوت النسب دون ما يضره الا اذا اقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا وذكر ابن سماعة عن محمد في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه زي اهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك ان يكون في رقبته صليب او عليه قميص ديباج او وسط راسه مجزوز انتهى ولا ينبغي ان يجعل لبس الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيرا ما يفعلونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب ان ينزع من يده اذا قارب ان يعقل الاديان كما قلنا في الحضانة اذا كانت امه المطلقة كافرة قوله وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة في دار الاسلام كان ذميا كذا قال القدوري رح قال المصنف رح وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان او في قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة او كان الواجد ذميا لكن وجده في مكان المسلمين واختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط العبرة بالمكان في الفصلين وهو ما اذا كان الواجد مسلما في نحو الكنيسة او ذميا في غيرها في دار الاسلام وعليه مشى القدوري هنا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح وفي كتاب الدعوى اختلف النسخ في بعض النسخ اعتبر الواجد في الفصلين وهو رواية ابن سماعة في الفصلين لان اليد اقوى من المكان الا يرى ان الصبي المسبي مع احد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلي عليه اذا مات وفي بعض نسخه اي النسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام اي ما يصير الولد به مسلما نظرا للصغير ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك وعلى هذا لو وجده كافر في دار الاسلام او مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور اربعا اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم او كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهو مسلم في كنيسة او كافر في نحو قرية للمسلمين وفي كفاية البيهقي رح قيل يعتبر بالسيماء والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم اي يعرف المجرمون بسيماهم وفي المبسوط لو اختلط الكفار يعني موتانا بموتاهم الفصل بالزي والعلامة فلو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيا حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لان الاصل الحرية لما قدمنا الا ان يقيم بينة لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه احق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينتقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الاوجه والفرق ان يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي اوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال لحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة قوله فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فيكون الاب عبدا والولد حرا لانه يتبع امه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك اذا نقضت ولادته الى امراته فان اضافه الى امراته الامة ففيه خلاف بين ابي يوسف رح ومحمد رح ذكره في الذخيرة ان الولد حر عند محمد رح وعند ابي يوسف رح عبد فمحمد رح يقول في دعوى العبد نفع هو النسب وضرر هو الرق واحدهما ينفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وابو يوسف رح يقول لما صدقته صار شرحا في ثبوت النسب لصدقها فيما كان له من ضرورته تبعا فيحكم برقه تبعا بخلاف الذمي فانه ليس من ضرورة ثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا لو قال الذمي انه من زوجتي الذمية لا يصدق في

والحر في دعوة اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي ترجيحاً لما هو الأنظر في حقه وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتباراً للظاهر وكذا إذا كان مشدوداً على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لأنه للقيط ظاهراً وله ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لأنه من الإنفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في مال الملتقط اعتباراً بالأم وهذا لأن ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما قال ويجوز أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلاً وتملكه الأم ووصيها قال ويسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال العبد الضعيف هذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه ووجه الثاني أنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الأم لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى

قوله والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد يعني إذا ادعياه وهما خارجان لما مر منا أنه إذا كان الملتقط ذمياً أو ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه وكذا إذا ادعى الذمي أنه ابنه والمسلم أنه عبده فهو ابن الذمي لأنه يحوز النسب والحرية مع الحكم بإسلامه ولا كذلك في دعوى رقه إلا أن يقيم بينة على رقه فيكون رقيقاً كما أن الذمي إذا ادعاه ابناً له وأقام بينة من المسلمين يكون كافراً ولو وجد طفل في يد عبد محجور ذكر أنه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لأن العبد المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كان في يد المولى وكذا لو أقر بعين في يده لآخر وكذبه المولى لا يصح إقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد مأذوناً في التجارة فالقول قول العبد لأن المأذون له يد على نفسه حتى صح إقراره بما في يده لغير السيد وإن كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حراً إلا أن يقيم سيده بينة أنه عبده قوله وإذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها فالكل له بلا خلاف اعتباراً للظاهر أي دفع ملك غيره عنه ثم ثبت ملكه في ذلك لقيام يده مع حريته المحكوم بها قوله لما ذكرنا يريد قوله اعتباراً للظاهر ثم يصرفه الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع أي لا حافظ له ومالكه وإن كان معيناً فلا قدرة له على الحفظ وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وكذا الغير الواجد بأمره والقول قوله في نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضي أيضاً لأنه للقيط كما حكمنا به وللواجد الإنفاق وشراء ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لأنه من الإنفاق وشراء ما لا بد له عطف على ولاية من قوله وله ولاية الإنفاق أي للواجد ولاية الإنفاق وله شراء ما لا بد للقيط منه قال رحمه الله ولا يجوز للملتقط تزويج اللقيط واللقيطة لانعدام سبب ولاية الإنكاح من القرابة والملك والسلطنة وهذا بلا خلاف ولا تصرفه في ماله ببيع ولا شراء شيء للمستحق بالثمن ديناً عليه لأن الذي إليه ليس إلا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اعتباراً بالأم فإنها لا تجوز لها ذلك مع أنها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك أولى وهذا أي عدم تصرف كل من الأم والملتقط بالبيع ونحوه لأن ولاية التصرف إنما هو لتثمير المال وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود من كل منهما أحدهما لأن في الأم شفقة كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة ونظير ما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة إذا بلغت وقد زوجها غير الأب والجد من كتاب النكاح قوله ويجوز أن يقبض أي الملتقط للقيط الهبة والصدقة تمليكه لأنه نفع محض ولذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان عاقلاً وتملكه الأم ووصيها قال القدوري رحمه الله ويسلمه في صناعة لأنه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصناعته عن الفساد ثم قال القدوري رحمه الله ويؤاجره لأنه من التثقيف يعني التقويم وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية قال المصنف رحمه الله وهو الأصح لأنه لا يملك إتلاف منافعه فلا يملك تمليكها فأشبه العم بخلاف الأم لأنها تملك إتلاف منافعه بالاستخدام والإعارة بلا عوض فبالعوض بالإجارة أولى **فروع** ادعاه الملتقط عبداً له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق إلا ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي وأقام بينة من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة بها لأن نسبه ثبت بمجرد دعواه وأثر البينة في كونه كافراً ولا يثبت بذلك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند أحدهما يقضى به للمسلم لأنه محكوم له بالإسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولأنه يعلمه أحكام الإسلام بخلاف الكافر وإذا بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه إن كان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه صح إقراره وصار عبداً لأنه غير متهم فيه وإن كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير عبداً لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعاً في ذلك فهو كما لو كذبه الذي أقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعد ما كبرت إن كان

كتاب اللقطة

قال اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس

بعد التزويج صحيح وكانت امة للمقر له فلا يصدق في ابطال النكاح لان الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم اقر انه عبد لفلان والمرأة عليه صداق ودين صداقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم في اقراره بذا وكذا اذا استدان دينا او بايع الناس او كفل كفالة او وهب او تصدق او سلم او دبر او كاتب او اعتق ثم اقر انه عبد لفلان لا يصدق في ابطال شيء من ذلك لانه متهم وتقدم ان ميراثه لبيت المال فلو اراد والا رجلا بعد ما ادرك الملتقط او غيره ان كان قبل ان يأتي كذا ولاؤه لبيت المال ان جنى جناية وعقلها في بيت المال فلا يصح لا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز ان لا وهم يأتي كذا لبيت المال فان له ان يوالي من شاء فصار كالذي اسلم من اهل الحرب له ان يوالي من شاء الا ان يجني فيعقله بيت المال

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين صفة مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وبسكونها للمفعول كضحكة وهزوءة الذي يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تتبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار انه داع الى اخذه بمعنى فيه نفسه كانه الكثير الالتقاط مجازا والا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وعن الاصمعي وابن الاعرابي انه بفتح القاف اسم للمال ايضا المحمول على هذا المعنى المطلق على المال ايضا ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتقشفة انه لا يحل له لانه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين وبه قال احمد يحل والترك افضل لان المحل فلانه عليه الصلوة والسلام لم ينه عن ذلك ولا انكر على فاعله بل امره بتعريفها على ما سنذكره واسند اسحق بن راهويه عنه عليه السلام من اصاب لقطة فليشهد ذوي عدل واما افضلية الترك فلان صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها فيه ولهم ذكر خصوص المكان فاذا تركها كل احد فالظاهر ان يجدها صاحبها اذ لا بد عادة ان يمر في ذلك المكان مرة اخرى في عمره ولان الظاهر ان سقوطها في اثناء الطرقات التي يمر بها او مجلس فيه عادة امره وعادة الفقهاء على انه اليه وقيده الطحاوي وغيره بما اذا كان يأمن على نفسه فان كان لا يأمن تركها ولانه يجوز ان يحصل بدخانته اليها فان غلب على ظنه ذلك ان لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له ان يضعها في مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره

قوله اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها فيردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو افضل وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الخ واذا كان كذلك يعني اذا كان اشهد واذا كان امانة بان اشهد لا تكون مضمونة عليه ما قالوا لكتاب بغير شرح لا ضمان عليه كذا اذا صدقه المالك في قوله انه اخذه للرد او صادقه تصادقهما حجة في حقهما كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد وقال الآخذ اخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن وبه قال الشافعي ومالك واحمد وفي شرح الاقطع ذكر محمدا مع ابي يوسف والقول له مع يمينه انه اخذها ليرد ولان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اختياره الحسبة لا المعصية ولان الاخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا اخذ ان لم يكن الظاهر انه اخذه للمالك فاقل ما في الباب ان يكون مشكوكا في انه اخذه له او لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره ابو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملا لنفسه فان قال كون اخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت ان هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ما ذكرنا انفا من رواية اسحق من اصاب لقطة فليشهد ذوي عدل وحينئذ الاختلاف

قال فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرّفها أياماً وإن كانت عشرة فصاعداً عرّفها حولاً قال العبد الضعيف هذه رواية عن أبي حنيفة رح وقوله أياماً معناه على حسب ما يرى الإمام وقدّره محمد رح في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رح لقوله عليه السلام من التقط شيئاً فليعرّفه سنة من غير فصل وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في حق وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما ففوضنا إلى رأي المبتلى به

فيما إذا أمكنه الإشهاد وإذا لم يمكنه بأن لم يجد أحداً عند الرفع أو خاف إن أشهد أن يأخذه منه ظالم فتركه لا يضمن بالإجماع والقول قوله مع يمينه كذا في المغني من الإشهاد كذا قال كيف يشهد في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي أو عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه الخ فإذا جاء صاحبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو أكثر لأنه أي اللقطة بتأويل الملتقط اسم جنس لا يجب أن يعين ذهباً أو فضة خصوصاً في هذا الزمان قال الحلواني أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذتها لأردها فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف إشهاداً وقول المصنف يكفيه من الإشهاد أن يقول الخ يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الإشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلوة والسلام من وجد ضالة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ثم لا يكتم ولا يغيب فإن جاء صاحبها فليردها وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند مجيء المالك التعريف أي الإشهاد فإنه إذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلاً والا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول وعلى هذه الخلافية أبي يوسف رح فيما إذا لم يعرفها أصلاً حتى ادعى ضياعها وادعى أنها كانت عنده ليردها وأخذها لذلك وقولهما أن إذن الشرع مقيد بالإشهاد أي بالتعريف فإذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعاً في الأخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن أنه أخذها لنفسه على هذا لا يلزم الإشهاد أي التعريف وقت الأخذ لا منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها لنفسه حينئذ ثم ذكر في ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها وبعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لأن بالرد يظهر أنه لم يأخذها لنفسه فينتفي الضمان عنه وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها فإن ذهب بها ثم أعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها أو لم والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعاً مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالأخذ قوله فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً وفسر المصنف بحسب ما يرى من الأيام من غير تفصيل وذلك أنه روي عن أبي حنيفة رح إن كانت مائتين فصاعداً عرفها حولاً وإن كانت أقل من مائتين إلى عشرة عرفها شهراً وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفيه رواية أخرى قال فيما دون العشرة إن كانت ثلاثة فصاعداً يعني إلى العشرة يعرفها عشرة أيام وإن كانت درهماً فصاعداً يعني إلى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام وإن كانت دانقاً فصاعداً يعرفها يوماً وإن كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الأئمة رح شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا أخذ بالرواية التي ذكرناها قبلها وهو جيد والظاهر أنه إنما قدر بتلك التقديرات في القليل لغلبة الظن أن المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة الظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد رح في الأصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي رح وأحمد رح لقوله عليه الصلوة والسلام ما سنذكره وكذا روي عن عمر رض وعلي رض وابن عباس رض ووجهه ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلوة والسلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل وفيه ألفاظ منها ما رواه البزار عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل ومضمر لا تحل اللقطة أي لا تحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فإن جاء صاحبها فأدها إليه وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الألف شرعاً في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فأوجبنا التعريف بالحول إلحاقاً لها بما فيه الزكوة من المائتين فما فوقها

يغني لم يضمن

وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع لان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله

احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف شرعا بوجه ففوضنا التعريف فيها الى رأي المبتلى به والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته بها فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على مثل المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الامر بالتعريف سنة من غير حديث مطلقا عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره قوله وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ولا التقدير بالعام ويفوض الى رأي المبتلى به يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وهذا ذكره شمس الائمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط ان صاحبه يتركه بعد المدة اولى وهذا يختلف باختلاف خطر المال الا ترى ان المال لما كان ذا خطر كبير امره عليه الصلاة والسلام ان يعرفه ثلاث سنين قوله وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به قال المصنف رحمه الله وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها فيه وفي الجامع يعني الاسواق وابواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم ان ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفا وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة لكن يجب حمله على المعتاد من انه يفعله وقتا بعد وقت ويكرر ذلك كلما وجد مظنة وما قدمنا من قول الولوالجي ما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة وهو من دفع الضمان عنه لا الواجب فان يذكر مرة بعد اخرى قوله وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة فيجوز الانتفاع بها للواجد فلا تعريف وعنه صلى الله عليه وسلم انه رأى تمرة على الطريق فقال لولا اخشى ان تكون من تمر الصدقة لاكلتها ولا يعلم خلاف فيه بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها في يده له اخذها لان الاباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وانما كان القاؤها اباحة لا تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر شيخ الاسلام انها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك اخذها لانه لا يصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد وفي غير موضع تقييد هذا الجواب اعني جواز الانتفاع بها بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما القاها واعرض عنها بل سقطت منه او وضعها ليرفعها وعن ابي يوسف رحمه الله لو جز صوف شاة ميتة كان له ان ينتفع به ولو وجده صاحب الشاة في يده كان له ان يأخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها ان يأخذها بعد ان يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا بأس باخذه قوله فان جاء صاحبها اخذها والا تصدق بها وان اكلها ان كان فقيرا او استقرضها باذن الامام وتملكها ان شاء وان شاء امسكها ابدا حتى يجيء صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كيلا تدخل في المواريث ثم الورثة ايضا يعرفونها ومقتضى النظر انهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها ان يضمنوا لانهم وضعوا ايديهم على اللقطة ولم يشهدوا اي لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك ان قصدهم تملكها ويجري فيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء صاحبها بعد التصدق فهو يأخذ بخيارات ثلاث ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه اي باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الاذن والرضا فبالاجازة والرضا يصير كانه فعل بنفسه رضاه بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها اجاب بان ذلك فيما تتوقف فيه الملك على الاجازة

قال: ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب إلى الترك ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وإن أنفق بأمره كان ذلك دينا على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الإنفاق على ما بينا وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه فإن كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجرتها لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير إلزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لأنه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الإنفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه وفي الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالإنفاق وإنما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وإن قال لا بينة لي يقول القاضي له أنفق عليه إن كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك إن كان صادقا ولا يرجع إذا كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الأصح قال وإذا حضر يعني المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لأنه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من ذلك راد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن

كما في بيع الفضولي أما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لأن الأمر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه وإذا ثبت الملك قبلها ومعلوم أنه يطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا إجماعا حتى ينتقل إليه الثواب وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه فإن قلت لكنه بإذن الشرع والإباحة منه قلت الثابت من الشارع إذنه في التصدق لا إيجابه وهذا القدر لا ينافي وجوب الضمان حقا للعبد كما في إذنه في تناول مال الغير عند المخمصة والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فإذا جاز أن يثبت إذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لأن الأصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير إذنه وإن شاء ضمن المسكين إذا كان المدفوع إليه هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه فإن قلت إذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها بإذن الشرع فكيف يسترجعها أجيب بأنه لا مانع من ثبوت الملك بإذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة والمرتد الراجع من دار الحرب مسلما بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم باللحاق وإذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم إذنه وإن كان قائما أخذه لأنه وجد عين ماله ونقل عن القاضي أبي جعفر من أنه إنما يرجع على الملتقط إذا تصدق بغير أمر القاضي أما إذا كان بأمره فلا يرجع ورده بأنه خلاف المذهب فإنه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمنه إذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق بأمره وهذا لأن القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظا لها لا إتلافا فلا ينفذ من إتلافه إلا ما لزمه شرعا القيام به والتصدق ليس كذلك **قوله** ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رحمهما الله إذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع إذا كان معها ما يدفع عن نفسها كالقرن مع القوة في البقرة والرفس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس يقل ظن الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة في الأخذ والندب إلى الترك هذا ولكن كلامهم يقتضي الخلاف في جواز الأخذ وحله وهو الظاهر ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة لكن هذا قياس معارض بما روى أصحاب الكتب الستة كلهم عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني قال جاء رجل سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها قلت فضالة الغنم قال لك أو لأخيك أو للذئب وفي الصحيح قال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب قال فضالة الإبل قال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها وروى أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوي الضالة إلا ضال وقال عليه الصلاة والسلام إن ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة ردوه في المبسوط بأن ذلك كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة لا تصل إليها يد خائنة فإذا تركها وجدها فأما في زماننا فلا يأمن من وصول يد خائنة إليها بعده ففي أخذها إحياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى ومقتضاه أن غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا حق فإنا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها وأن ذلك طريق الوصول فإذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد وأقصى ما فيه أن يكون عاما في الأوقات خص منها بعض الأوقات بضرورة العقل من الدين فلم يتأيد بحديث عياض بن حمار أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الضالة فقال عرفها فإن وجدت ربها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء فتأيد زيادة بتمام الوجه **قوله** فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك عن أن يشغلها بالدين بلا أمره وإن أنفق بأمره كان دينا عليه لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الإنفاق على ما نبين الآن فإذا رفع إلى الحاكم فإن كان للبهيمة منفعة وثم من يستأجرها آجرها وأنفق عليها من أجرتها لأن فيه إبقاء العين

قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشد ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا

على مالكها بلا الزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن له منفعة او لم يجد من يستأجرها وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصل به الى مثله في الجملة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن له في ذلك وجعل النفقة دينا عليه اذ فيه نظر من الجانبين جانب المالك بابقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع قال المشائخ انما يأمر بالانفاق يومين او ثلاثة على قدر ما يرجى ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين وتفضل الدين على مالكها ولا نظر في ذلك اصلا بل ينبغي ان لا يتخذ من القاضي ذلك لو امره بالنفقة لعدم النظر واذا باعها اعطى الملتقط من ثمنها ما انفق في اليومين او الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه يعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه وللقاضي ان يعينه عليه ولو باعها بغير امر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة في يد المشتري فان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله واخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لان ملك اللقطة من حين اخذها وان كان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة وفي الاصل يعني المبسوط اشترط البينة فانه قال فان كان رفعها الى القاضي واقام بينة انه التقطها امره ان ينفق وتبعه المصنف لانه يحتمل انه غصبها ولا يؤمر بالنفقة الا في الوديعة وهذه البينة لكشف الحال اي لينكشف للقاضي انه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم لذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها وان قال الملتقط لا بينة لي يقول له انفق عليها ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بان يقول امرته بالانفاق او البيع ان كان الامر كما قال وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع اذا شرط القاضي ذلك وهذه رواية وهو الاصح وقيل يرجع بمجرد امره وقد مر في اللقيط واذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك منه فاشبه المبيع منه او قرب من ذلك رد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا من التشبيه بالمبيع ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له ان يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالبائع بعد اختيار الحبس بكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي ايضا فيفهم انه المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر قال في التقريب قال اصحابنا لو انفق على اللقطة بامر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها اي العين عقد يوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم اعني السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذ لم يتناولها عقد الرهن والمصنف اوجد الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن رهنا حقيقة لكن النقل كما رأيت واما ما نقل عن ابي يوسف انه ليس له حبسها اصلا فابعد قوله ولقطة الحل والحرم سواء وبه قال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول وفي قول يعرفها ابدا حتى يجيء صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من التصدق والانتفاع او تملك لقوله عليه الصلاة والسلام فيما ثبت في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لاحد قبلي وانما احلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد الحديث المنشد المعرف والناشد الطالب

لتمم

او تملك

وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك إلا أنه تحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا

قال المغرب الإنشاد إسماعه إشاعة المنشد للناشد فيروى بالفتح وهو معناه والفعل من الأول أنشد الضالة ينشدها إنشادا إذا عرفتها ومن الثاني نشدتها أنشدها نشدا ونشدانا بكسر النون إذا طلبتها ولنا إطلاق قوله عليه الصلوة والسلام في حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال اعرف عفاصها أي وعاءها من جلدة أو خرقة ونحوها ووكاءها أي رباطها الذي شدت به وعرفها سنة وتقدم فإما أن يقضي العام على الخاص وإما أن يتعارضا فيحمل كل على محمل ولكن لا تعارض لأن معناه لا يحل الالتقاط إلا لمن يعرف ولا يحل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ لرفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر إباحته فبين عليه الصلوة والسلام أنها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم أنه عليه الصلوة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجيء صاحبها ولا عمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالي الكعبة فضلا عن المتروك والأحكام إذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة بتقدير شرعيته معه علم انقطاعها بخلاف ما علم شرعيتها بسبب إذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فإنه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لإظهار الجلادة

قوله وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي وأحمد يجبر وإعطاء علامتها أن يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب في ذلك والحق أن قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك وأحمد واحتجا بقوله عليه الصلوة والسلام فيما أخرج مسلم في حديث أبي بن كعب فيها فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطها إياه وإلا فاستمتع بها وأخرجه أيضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك وأيضا فإن صاحب اليد وهو الملتقط إنما ينازعه في اليد لا في الملك لأنه لا يدعيه فكانت منازعة من وجه دون وجه فيشترط ما يوجب نوع ترجيح من كل وجه وهو الوصف المطابق لذلك واكتفي به ولا يشترط البينة لعدم منازعة في الوجهين جميعا ولنا أن اليد حق مقصود كالملك حتى أن غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفت غير اليد فيكون مثله لا يستحق إلا بالبينة غير أنا أجزنا الدفع عند إصابة العلامة بالحديث الذي رووه بناء على أن الأمر فيه للإباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر وسيأتي إن شاء الله تعالى في الدعوى وإذا أثبت صاحب اللقطة بالبينة ثم إذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده أي عند أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا قسمت التركة بين الغرماء والورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده وعندهما يؤخذ والفرق لأبي حنيفة أن حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره فيحتاج في دفع تواري الآخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فإن حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره أيضا له حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم وهذا يدل على أن دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر في جامع قاضيخان أن فيه روايتين والصحيح أنه لا يؤخذ وأورد على المصنف أنه نفى الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء في المواريث فيه أي في أخذ الكفيل عند دفع اللقطة روايتان والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ هذا إذا دفعه بمجرد العلامة فإن صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك في جواز دفعه إليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو أقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها إليه ودفع بالفرق بأن المالك هنا غير ظاهر أي المالك لهذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر والمودع في مسئلة الوديعة مالك ظاهر وإنما أقر الحاضر بحق قبضها وإقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه إقباضه لأنه إقرار على ملك غيره وإذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر وأقام البينة أنها له إن كانت قائمة في يد المدعي يقضي له بها وهو ظاهر وإن كان هالكا فهو مخير إن شاء ضمن القابض أو الملتقط فإن ضمن القابض

ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث أبي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا والله اعلم

له ان يرجع على ما دفع ان ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام احمد فيما اذا كان الدفع بمجرد الصفة وفي رواية يرجع وهو الصحيح ووجه قول احمد ان الملتقط اعترف انه المالك وصاحب البينة ظالم بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بامره والمودع ظالم في تضمينه ولنا انه وان صدقه في الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل اقراره وصار كانه دفع بلا تصديق ثم ظهر الامر بخلافه وصار كاقرار المشتري بالملك للبائع اذا استحقه غيره بالبينة فقضي له يرجع على البائع بالثمن مع اقراره بانه للبائع والذي فرق به في المبسوط ان في زعم المودع ان الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بامره وليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لغيره وانه ضامن اذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى

قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو الصدقة لقوله عليه الصلوة والسلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي ثنا زياد بن سعد عن السمي عن ابي صالح عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليرده اليه وان لم يأت فليتصدق به فان جاء فليخير بين الاجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط اذا كان غنيا ان يتملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله ان يصرفها الى نفسه صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك اجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك لحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها الى فقير غير الملتقط وان كان ابا الملتقط او ابنه او زوجته وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له ان يتملكها وان كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر الى اذن الامام لقوله عليه الصلوة والسلام فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فاستمتع بها قالوا وابي كان من المياسير بدليل ما في بعض رواياته انه عليه الصلوة والسلام قال الا فهي كسبيل مالك فتجعل لها لا قلنا هذه الرواية ليس فيها ان الخطاب لابي وغاية ما في مسلم عن ابي بن كعب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فان جاء احد يخبرك الى ان قال والا فهي كسبيل مالك فظاهر هذا انه يحكي قوله للسائل ليسأله وجاز كون ذلك كان فقيرا وهنا ما يدل على فقر ابي في زمنه عليه الصلوة والسلام وهو ما في الصحيح عن ابي طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان احب اموالي الي بيرحاء فما ترى يا رسول الله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها ابو طلحة في ابي وحسان وهذا صريح في ان ابيا كان فقيرا لكنه يحتمل انه ايسر بعد ذلك الا ان قضايا الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال واما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى ان قال والا فشأنك بها وفي رواية فهي لك فهو ايضا من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم ان الخطاب لابي لا يخرج عن قضايا الاحوال اذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين ولو كان نصابا فجاز كونه اقل من النصاب وكونه مديونا قالوا لو كانت اللقطة لا تحل للملتقط الا بطريق الصدقة فيمتنع اذا كان غنيا لما اكلها علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد امره عليه الصلوة والسلام باكلها فيما اخرج ابو داود عن سهيل بن سعد ان علي بن ابي طالب دخل على فاطمة والحسن والحسين يبكيان فقال ما يبكيهما قالت الجوع فخرج علي فوجد دينارا في السوق فجاء فاطمة فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي انت ختن هذا الذي يزعم انه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي فاخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب فرهن الدينار بدرهم لحم فعجنت وخبزت وارسلت الى ابيها فجاء فقالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذكر لك فان رأيته حلالا لنا اكلناه من شأنه

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

وهكذا كذا فقال كلوا بسم الله فاكلوا فبينا هم كذلك انهم اذا غلام ينشد الله تعالى والاسلام الدينار فامر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعا فسأله فقال سقط مني في السوق فقال عليه الصلوة والسلام يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الى الدينار ودرهمك علي فارسل به فدفعه عليه الصلوة والسلام الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذري لعل تأويله ان انشاد التعريف ليس له صفة يعتد بها فمراجعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ملأ من الخلق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف مرة غير ظاهر فانه لم يذكر له ذلك الا بعد ان اشتروا وخبزوا واحضروه صلى الله عليه وسلم على الاكل نعم يجب الحكم بان عليا عرفه قبل ان يأتي به الى فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وابو يعلى الموصلي وفيه انه اتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به وفيه وليل المختار شمس الائمة من ان التقدير بحول غير لازم بل الى ان يسكن نفسه الى ان طالبه قطع نظره عنه وفي سنده ابو بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندي ابو بكر بن عبد الله بن ابي سبرة وهو لين الحديث قال ابنه عبد الحق هو متروك الحديث ان الحديث ضعيف من جهة الاضطراب لان في الرواية الاولى من انهم انما اعلموه بعد ما اشتروا وصار متهيئا للاكل ما يناقض ما في الثانية من انه اعلمه فامره بتعريفه ثم امره باخذه وفي الاول انه دفع عينه للمنشد وفي الثانية انه جعله دينا عليه وقال اذا جاءنا اديناه اليك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعيف ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به انه استقرضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز افتراض الملتقط الغني فلما سلمنا ضعف حديث ابي هريرة في الصدقة بناء على تضعيف السمني كفانا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت ان للملتقط حكما آخر ونحن نطالبه في اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء ✤

كتاب الاباق

كل من الاباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا ان التعرض له بفعل فاعل مختار في الاباق فكان الانسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب الاباق في اللغة الهرب ابق يأبق كضرب يضرب الهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه بجهله بالطريق اليه **قوله** الابق اخذه افضل من تركه في حق من يقوى عليه اي يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا العلم في هذا خلاف ويمكن ان يجري فيه التفصيل في اللقطة بين ان يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب اخذه اولا فلا واما اختلف في اخذ الضال قيل اخذه افضل لما فيه من احياء النفس والتعاون على البر وقيل تركه لانه لا يبرح مكانه منتظر المولاه حتى يجده ولا يخفى ان انتظاره في مكان غير متزحزح عنه ليس بواقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك في ان محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واحد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغي ان يختلف في فضيلة رده واخذه **قوله** ثم اخذ الابق يأتي به السلطان اذا انتهى فيحبسه منعا له عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الاخذ الا بذلك عادة بخلاف اللقطة اما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خير الحلوائي بين ان يأتي به السلطان او يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا اخبر الامام الابق فجاء رجل وادعاه واقام بينة انه عبده يستحلفه بالله انه باق الى الآن في ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاحتمال

قال ومن رد آبقا على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولا الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي

انه عرض لعبد علم الشهود بثبوت ملكه على وجه زوال السبب لا العلم بثبوت ملكه مع عدم خصم يدعي الصيانة قضاء عن الخطار ونظر المسن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشترى وموهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة ففي اولوية اخذ الكفيل وتركه روايتان كما يدفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد انه له ياخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم ياخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه اذا كبر مال بيت المال لانه كان مستحقا له لفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضي وامسك ثمنه لعبد اخذ ما انفق لبيت المال منه فان جاء مالكه واقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا ياخذه ولا ينتقض بيع القاضي لانه بحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يواجره وينفق عليه من اجرته لانه لا يخشى ان يتلف ابلسه بالاباق فيخشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يواجره وينبغي ان يقدر الطول بثلاثة ايام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دارة النفقة مستاصلة ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر **قوله** ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون وبهما وفيه قدر من سبعة مثاقيل ان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيئا الا بالشرط بان يقول من رد علي عبدي فله كذا كما اذا رد بهيمة او عبدا ضالا ووجه القياس انه متبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من اعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا هذا وهو قول الشافعي رحمه الله واحمد في رواية فالاصل في وجه الاستحسان ان لنا اجماع الصحابة على اصل الجعل الا ان منهم من اوجب الاربعين ومنهم من اوجب دونها وذلك انه اذا ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره احد وذلك ان محمدا رحمه الله روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت عند ابن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل راس اربعين وروى ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال اخبرنا سفيان الثوري عن ابي رباح عبد الله بن ابي رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلمانا اباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل راس وروى ابن ابي شيبة ثنا محمد بن يزيد عن ايوب عن ابن العلاء عن قتادة وابي هاشم عن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق باربعين درهما وروى ايضا عن وكيع ثنا سفيان عن ابي اسحق قال اعطيت الجعل في زمن معاوية اربعين درهما وروى ايضا ثنا يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر رضي الله عنه جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما وروى ايضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي انه جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما واخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد الآبق يوجد في خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القريب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روي عن عمار ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه خارج المصر فله اربعون فلعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المص الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها يريد الرواية عن عمر وعلي وقد علمت الرواية عن عمر ايضا ان الجعل اربعون وسنده احسن من الاخرى والرواية عن علي ضعيفة بالحارث المذكور فكانت رواية ابن مسعود اقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو امثل ما في الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا تساوى الاكثر في القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ يحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الاقل على ما دونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر والتلفيق الضم لفقت الثوب الفقه اذا ضممت شقه الى شقه ولان نصب المقادير

ويقدر الرضخ في الردعما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راى القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر
قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه هذا قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رح له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت
بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رح ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيي
مال المالك فينقص درهم ليسلم له شئ تحقيقا للفائدة واما ام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من
احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو
في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب

لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع واصحها حديث ابن مسعود فهو لعدم كونه مثبتا للزيادة وزيادة العمل مثبوله راجح ولا يخفى ما في
هذا ولان ايجاب اصل الجعل حامل على الرد اذ الحسبة وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادر فشرع
للمصلحة الراجعة الى العباد من صيانة اموالهم عليهم وتقدير الجعل انما يدرى بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الحاقه به قياسا ودلالة ايضا
لان الحاجة الى صيانة الضال في رده دون نها في رد الابق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كيلا يابق ثانيا مما ليس
في رد الضال منه شئ ولو كان الابق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غايبا فليس للحاضر ان يأخذه حتى يعطي
تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغايب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا بهذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان
رجلا قال لآخر ان عبدي قد ابق فان وجدته فخذه فوجده فرده فليس له شئ لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله او ما
فيما دونه اي اوجبنا ما دون الاربعين فيما دون السفر كان ذلك لانا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدارا وذلك هو الواجب
فانا احملنا بعضه على ما دون السفر صح كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الا على انه واجب قوله ويقدر الرضخ في
عما دون السفر باصطلاحهما اي المالك والراد اي يفوض الى راى القاضي يقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال
بعض المشايخ يقسم الاربعون على الايام الثلاثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث قوله وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته الا درهما
قال المصنف وهذا قول محمد وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال ابو يوسف رح آخرا له اربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكروا
ابي حنيفة رح في عامة كتب الفقه وذكر في شرح الطحاوي مع محمد رح وجه ابي يوسف رح ان التقدير بها ثبت بالنص اي قول ابن مسعود
وعمر رض ووجب اتباعهما المراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما لوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص
من السفر فلا ينقص عنها ولمحمد ان المقصود من ايجاب الجعل حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينتقص منه درهم ليسلم له شئ تحقيقا
للفائدة اي فائدة ايجاب الجعل فتعين الدرهم لان ما دونه كسور وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء
ملكه ويحيي مالية له اما باعتبار الرقبة كما في المدبر او باعتبار الكسب كما في ام الولد لانه عنده لا مالية فيها عنده لكنه احق باكسابها
ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت فيقع رد حر لا مملوك على مالكه وهذا في ام الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث
لانه يعتق بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير كالمكاتب لانه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب
لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفادة بدل الكتابة فكان كغريم المولى برد غريمه لا يستحق شيئا بخلاف القن قوله ولو كان الراد ابا المولى
او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل له وقيد في عياله ان رجع الى الراد او الى الابن اقتضى ان يتقيد نفي الجعل اذا كان
الراد ابنا بكونه في عيال المالك اي في نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال ابيه المالك او لا والحاصل
الحال ان الراد ان كان ولد المالك او احد الزوجين على الآخر او الوصي لا يستحق جعلا مطلقا اما الولد فلان الراد كالبايع من المالك من وجه
وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استاجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه اجرة لان خدمته واجبة على الابن
فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك فهذا القيد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فاذا كان في عياله فبطريق الاولى

قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضی الله عنه وذكر في بعض النسخ فلا شيء له وهو صحيح ايضاً لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا **قال** ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضاً بالاعتاق كما في العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز **قال** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن فان كان الآبق رهناً فالجعل على المرتهن لانه احيا ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء

واما احد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة ان يطلب لزوج عبد امراته تبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الرد يجب بالخدمة بمنعها منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استاجرها للخدمة لا يجب لها شيء واما الوصي فانما لا تستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشان الوصي ان يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الآبق لمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع لم يوجد نصا ولا عرفا **قوله** وان ابق من الذي يرده فلا شيء عليه اي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد وكل منهما صحيح وكذا اذا مات عنده الا ان نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باباقه كالمالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به بالرد كانه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك في يده او ابق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط ان يكون اشهد على قول ابي حنيفة رح ومحمد لانه ح صار امانة عنده كما في اللقطة وقال ابو يوسف رح لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا قال اخذته لارده والقول قوله في جميع ذلك مع يمينه اذا علم انه كان ابقا فلو انكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وانكر المولى اباقه الا ان يشهد شهود انه ابق من مولاه او يشهدوا على اقرار المولى باباقه **قوله** ولو اعتقه المولى كما لقيه اي راه قبل قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشتري اذا اعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن وكذا اذا باعه المولى من الراد قبل قبضه يصير قابضا لسلامة بدله وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز اجاب بقوله لكنه بيع من وجه لا من كل وجه فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض فجاز واورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في المحرمات اجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة **قوله** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده قال المص فالاشهاد حتم فيه اي في اخذ الآبق عليه اي على الآخذ على قول ابي حنيفة رح ومحمد وفسر بعضهم حتم بانه واجب تساهل والا يلزم بتركه استحقاق العقاب ويقطع بانه اذا اخذه ليقصد الرد على المالك واتفق انه لم يشهد لا اثم عليه وانما الاشهاد شرط يعني بها خلافا لابي يوسف لاستحقاق الجعل وسقوط الضمان ان مات عنده او ابق لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه الراد من الآخذ او اتهبه منه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه فانه بالشراء والاتهاب قاصد التملك ظاهرا فيكون عاصيا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو اوصى له به او ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا رده لا جعل له لانه رده لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا ان يشهد عند الشراء من الآخذ انه انما اشتراه لارده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بالشراء فح له الجعل ولا يرجع على السيد بشيء من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي **قوله** وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لان بالرد حييت ماليته وماليته حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية الا ترى ان بالاباق سقط دين المرتهن بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود بقدره والرد

وان كان مدبرا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين من عبده يبدئ بالجعل الباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد عليه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع

في حياة الراهن وبموته سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اي كون الجعل على المرتهن اذا كان قيمة العبد مثل الدين او اقل فان كانت اكثر من الدين قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما اصاب الدين على المرتهن والباقي على الراهن مثلا الدين ثلثمائة وقيمة الرهن اربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كثمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء اذا كان الدين اكثر من قيمته انقسم عليهما كذلك قوله وان كان مدبونا اي ان كان العبد الابق مأذونا لحقه في التجارة دين او اتلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لانه مؤنة الملك والملك في العبد بعد مباشرة سبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه لان الملك يستقر له وان اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك والباقي للغرماء فظهر ان قول المص فيجب اي الجعل على من يستقر الملك له تجوز فانه لا يجب على المشتري وكانه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه وان كان اي العبد جانيا اي جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يفده حتى ابق فرده من مسيرة ثلاثة ايام فهو على القياس يكون الجعل على من يستقر له ان اختار المولى فداه فهو عليه لعود منفعته اليه وان اختار الدفع الى اولياء الجناية فعليهم لعوده اليهم ولو كان قتل عمدا فابق ثم رد لا جعل على احد اما المولى فلانه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفي عنه فانما حصلت بالعفو واما ولي القصاص فان قتل فالحاصل له التشفي لا المالية وان عفي فظاهر وان كان موهوبا فابق من الموهوب له ثم رد فالجعل على الموهوب له سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد او لا اما ان لم يرجع فظاهر واما اذا رجع بعد المجيء فلانه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من هبة وبيع وغير ذلك واورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد اجيب بان الترك آخر جزئي العلة واليها يضاف الحكم واما الجواب بانه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المصرح بالتقرير وان كان الابق لصبي فالجعل في ماله لما تقدم انه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له وقد بيناه في التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فرده فلا جعل له لانه اذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان المعروف في التبرع وفي الكافي للحاكم التقت امة ولها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لان من لم يراهق لم يعتبر آبقا وفي الذخيرة والمحيط لو اخذ ابقا فغصبه منه آخر فجاء به الى مولاه واخذ جعله ثم جاء آخذه واقام بينة انه اخذه يأخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل البلد ابق من الآخذ فوجده آخر فرده الى سيده ان جاء به من مدة السفر فالجعل له وان وجده لاقل فما جاء به لا جعل لواحد منهما وفي المبسوط لا جعل للسلطان او الشحنة او الخفير في رد الآبق والمال من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم والى ولي ان يقال لا ياخذهم العطاء على ذلك ونصبهم له

كتاب المفقود

هو الغائب الذي لا يدري حياته ولا موته قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه اي على ماله ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون وعلى القاضي ان يفعل في امرهما ما ذكرنا لما ذكرنا وقوله اي قول القدوري يستوفي حقوقه يريد انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم ويخاصم في دين وجب بعقده اي بعقد الذي نصبه القاضي لانه اصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين

فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هو الصحيح

الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل ولا في حق من الحقوق اذا جحده من هو عنده او عليه لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بقبض الدين من جهة المالك عند ابي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك واذا كان كذلك يعني اذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة ولو قضى القاضي بخصومته كان قضاء على الغائب والاوجه ان يقول للغائب والقضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا او وديعة او شركة في عقار او رقيق او رد العيب او مطالبة باستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانهما انما يسمعان على خصم وهذا الوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصما بموت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضي اي رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغي ان لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضي محدودا في قذف فان نفاذ قضائه موقوف على ان يمضيه قاض آخر اجيب بمنع انه من ذلك بل المجتهد فيه سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر اولا فاذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعها القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان او عقارا في نفقة ولا غيرها لان القاضي لا ولاية له على الغائب الا في الحفظ وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض او عقار او خادم واحتاج ولده او زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصي فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصي وبيع العروض فيه معنى الحفظ وربما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثته ايسر وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود الا في الحفظ وفي المبسوط وقال ابو حنيفة رح ان كان له اب محتاج فله ان يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخي ان محمدا ذكر قول ابي حنيفة رح في الامالي وقال هو حسن ووجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقي اثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع ان الحاجة الى ذلك ليس من اصول الحوائج فاذا ثبت بقاء اثر الولاية كان كالوصي في حق الوارث الكبير وللوصي بيع العروض دون العقار وينفق على زوجته واولاده من ماله يعني الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مقر ودين على مقر قال المصنف وليس هذا مقصورا على الاولاد قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعني من الاب والجد وان علا والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان لهم ان يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقود والثياب للبس فكان اعطاء القاضي ان كان المال عنده او تمكينهم ان كان عند غيرهم اعانة لا قضاء على الغائب فانهم كانوا ياخذون بانفسهم وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله لان النفقة لا تجب الا بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث الكبار اذا لم يكن لهن مال وكذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار لكن من له مال لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهي تنعدم بالغنى ومن الثاني يعني من لا يستحق الا بالقضاء الاخ والاخت والخال والخالة ونحوهم من قرابة غير الولاد وقوله اي قول القدوري من ماله يعني الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن في ماله عين المطعوم والملبوس يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر غير المضروب كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كان الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرا بالدين والنكاح والنسب وهذا معنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين معترفين له فلا يحتاج الى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده احدهما الوديعة والدين او النكاح والنسب جعل كل اثنين واحد

فان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع
بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة
خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين
امرأته وقال مالك رح اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رض هكذا قضى في الذي
استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد ما مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار
اخذ المقدار من الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رض فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر
حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رض رجع الى قول
علي رض ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة

يشترط اقرار من في جهته المال بالامر الذي ليس ظاهرا فيقر في الاول عند القاضي بان هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له وديعة او على دينه وقوله
هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لا ان هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيئا عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس
بحجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب ولا يقضى على الغائب بلا خصم ومثل هذا في الدين ايضا قلنا المودع مقر بان ما في يده ملك الغائب
وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا
القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود وقد يقال ايضا في جوابه نعم القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة
ابي سفيان وقد اسلفناه قال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة
والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيها آكد من حق الولد فان
الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجردها وان كان يقدر على الكسب **قوله** ولو دفع المودع بنفسه او من عليه الدين
بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فكان له
ان يأمرهم لا بالقبض وليس للقاضي نائبا في الحفظ فقط بل فيه وفي ايفاء ما عليه من الحقوق ايضا ما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا جاز له
ان يوفي ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا اعطاهم بلا امره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها
اليهم لانه لو رد الوديعة الى من في عيال المودع يبرأ اجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان يأخذ القاضي منهم كفيلا
لاحتمال انه طلقها قبل ذهابه او عجل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب اخذ الكفيل الا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا فلو كان المودع والمديون
جاحدين اصلا اي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب او الزوجية او جاحدين للنسب او الزوجية معترفين بالوديعة والدين او بالعكس وليسا ظاهرين عند القاضي
لم ينتصب احد من مستحقي النفقة الزوجة او الاب او الابن خصما في ذلك اي في اثبات الدين او النسب او الوديعة باقامة البينة على شيء من ذلك
لان المودع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولان ما يدعيه للغائب ليس سببا متعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة لانها كما تجب في هذه
المال تجب في مال آخر للمفقود وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى في ادب القاضي **قوله** ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع
سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة
وان كان من غير قصد منه فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة فانه يفرق بينهما فيهما بعد مدة لذلك ثم هذا منه في الايلاء بناء على انه لا يوجب
الفرقة بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار اخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها عملا بالشبهين
وحديث الذي اختطفته الجن رواه ابن ابي شيبة ثنا سفيان بن عيينة عن عمرو وعن يحيى بن جعدة ان رجلا انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رض فاتت
امرأته عمر فامرها ان تتربص اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير بين
امرأته والصداق واخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني
الجن فمكثت اربع سنين ثم اتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الاول واخرجه عبد الرزاق من طريق وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددنا اليك
امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا

قال وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران في المروي عن أبي يوسف رحمه الله بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي

وروى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب قال أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل وأسند ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود تتربص أربع سنين وتعتد أربعة أشهر وعشرا وأسند ابن أبي شيبة عن خالد بن زيد أن ابن عمر وابن عباس قالا في المفقود تتربص أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشرا قال المصنف ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان وفي بعض النسخ حتى يأتيها الخبر وهو ضعيف بمحمد بن شرحبيل قال ابن أبي حاتم عن أبيه يروي عن المغيرة مناكير أباطيل وقال ابن القطان وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه ثم عارض المصنف بقوله على قول عمر رضي الله عنه وهو ما روى عبد الرزاق أخبرنا محمد بن عبيد الله العرزمي عن الحكم بن عتيبة أن عليا قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق أنبأنا معمر عن ابن أبي ليلى عن الحكم أن عليا مثله وقال أخبرني ابن جريج قال بلغني أن ابن مسعود وافق عليا على أنها تنتظره أبدا وأخرج ابن أبي شيبة عن علي وأبي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته وقوله لأن النكاح إلى آخره الحاصل أن المسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فذهب عمر رضي الله عنه إلى التقدير وذهب علي رضي الله عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان فالشأن في ترجيح الحديث الضعيف ليصلح مرجحا لا اتباعا بالأصالة وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزول النكاح بالشك وقد ذكر أن عمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي ذكره ابن أبي ليلى قال ثلاث قضيات رجع فيها عمر إلى قول علي في امرأة المفقود وامرأة أبي كنف والمرأة التي تزوجت في عدتها وقولنا في الثلاث قول علي فأما امرأة المفقود فعرفت وأما امرأة أبي كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم تزوجت ثم قدم فوجدها قد تزوجت ثم أتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال إن لم يكن دخل بها فأنت أحق بها وإن كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم فوجدهم قد عقدوا ليلة عرسها فقال إن لي إليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا إلى الأمير بكتاب عمر فعبر فوالله ما أمر بين هذا أعني عدم ثبوت الرجعة في حقها إذا لم تعلم حتى إذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للأول عليها سبيل لرفع الضرر عنها ثم رجع إلى قول علي أن رجعتها صحيحة وهي زوجته دخل بها الثاني أو لا وأما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي نعي إليها زوجها فاعتدت فتزوجت وكان عمر رضي الله عنه يقضي فيها إذا أتى زوجها حيا بتخييره بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه إلى قول علي وهو أنه يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه مما استحل من فرجها وترد إلى الأول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا وهذا على رأينا بأن الوقوع به عند انقضاء المدة بالإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال ولا بالعنة لأن الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة والعنة قل ما تنحل بعد استمرارها سنة فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم من أن شرع فيه ما شرع فيها

قوله وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال المصنف هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران وفي المروي عن أبي يوسف رحمه الله بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين وجه رواية الحسن أن الأعمار في زماننا قل ما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالأكثر وأما ما قيل إن هذا يرجع إلى قول أهل الطباع فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح وغيره فمما لا ينبغي أن يذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم أعرف لما دلت عليه النصوص والتواريخ بالأعمار السابقة للبشر بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا في قول لهم على الذين يعترفون ببطلانه ويوجبون عدم اعتباره في شيء من الأشياء ووجه ظاهر الرواية أنه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا يبنى الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ إلى أن المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون أن المعتبر موت أقرانه في بلده فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار بحسب ما أجراه الله تعالى من العادة ولذا قالوا الصقالبة أطول أعمارا من الروم فإنما يعتبر بأقرانه في بلده ولأن في ذلك حرجا كثيرا في تعرف موتهم في البلدان بخلافه في بلده فإنما فيه نوع حرج محتمل وأما المروي عن أبي يوسف رحمه الله فذكر عنه وجه شبهه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم قيل إنه سئل عنه فقال أبينه لكم بطريق محسوس

ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابني ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا

فان المولود اذا كان ابن عشر يذهب رجل ابويه هكذا وعقد عشرا فاذا كان ابن عشرين كان بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين استوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن اربعين تحمل عليها الاثقال هكذا وعقد اربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين تنقبض الشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين ينضم امعاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان بمثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره ان لا يجاوز المائة وقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتي بقول ابي يوسف رحمه الله حتى تبين له خطاؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لتخطئته لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما اعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروي انه عاش مائة وتسع سنين او اكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب في اعمار اهل زماننا وهذا لا يصح الا ان يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في اهل زماننا ان لا يزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول او مطلقا فلذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المص الاقيس الخ ولكن نقول اذا لم يبق احد من اقرانه يحكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظائره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المص والارفق اي بالناس ان يقدر بتسعين وارفق منه التقدير بستين وعندي الاحسن سبعون لقوله عليه الصلوة والسلام اعمار امتي ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم يفوض الى رأي القاضي فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي **قوله** ومن مات منهم اي ممن يرث المفقود قبل ذلك اي قبل ان يحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجري مناسخة فيرث ورثته من المفقود لانه لم يحكم بموت المفقود بعد وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت يعني وقت موت ذلك الاحد باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق بل في دفع الاستحقاق عليه ولذا جعلناه حيا في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي في حال فقده قال محمد لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود يعني توقف نصيب المفقود الموصى له به الى ان يقضى بموته فاذا قضى به جعل كانه مات الآن وفي استحقاقه لمال غيره كانه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره **قوله** ثم الاصل انه اذا مات من حيث يرثه المفقود وان كان مع المفقود وارث لا يحجب المفقود حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى ذلك الوارث اقل نصيبيه ويوقف الباقي حتى تظهر حياة المفقود او موته او يقضى بموته وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى لذلك الوارث شيء بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابني ابن وابنة ابن والمال المورث في يد اجنبي وتصادقوا اي الاجنبي والورثة على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به لان اخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الاجنبي الذي هو في يده ولا يعطى ولد الابن شيئا لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت خيانته بان كان انكر ان للميت عنده مالا ثم

كتاب الشركة

اقامت البنتان البينة عليه فيقضى بها لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فانه يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته ولو كانوا لم يتهموا وتوافقوا على فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود فيجبر على دفع الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد اقر ان ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول اولاد الابن ابونا او عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤخذ شيء للمفقود بل تقضى للبنتين بالنصف ميراثا ويوقف النصف في ايديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا اعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات اخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في ايديهما اعطيتا الثلثين ووقف الثلث لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في ايديهما فان ظهر حياته اخذ منهما السدس اذ لو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا على انه مفقود يعطى البنتان النصف لانهما اخذا ادعياه بالاقرار لفقده ويوقف النصف الاخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان اباهما مات لم يدفع اليهما شيئا حتى يقيموا البينة على موته قبل ابيه او بعده فان اقامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على هذا مات عن بنتين واولاد ابن وان اقامت عليه بعده يعطى لهم النصف لان الميت مات عن ابن وبنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف ونظيره اي في وقف الميراث عند الشك في النصيب الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى واحترز به عما روي عن ابي حنيفة يوقف له ميراث اربع بنين لما قال شريك رايت بالكوفة لابي اسمعيل اربع بنين في بطن واحد وعن محمد ميراث ثلاثة بنين وفي اخرى نصيب ابنين وهو رواية عن ابي يوسف نصيب واحد وعليه الفتوى ولو كان مع الحمل وارث اخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامراة حاملا تعطى المراة الثمن وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى شيئا وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن به مثاله ترك امراة حاملا وجدة تعطى السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملا واخا وعما لا يعطى شيئا لان الاخ يسقط بالابن وجاز ان يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان اصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا ولو ترك حاملا واما او زوجة تعطى الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الام الثلث او حيا اخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الربع والله الموفق للصواب.

كتاب الشركة

هو بكسر الشين وسكون الراء في المعروف اورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال احدهما امانة في يد الاخر كما ان مال المفقود امانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاول عامة فيهما وفي الآبق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليها واولاد الاباق لشموله عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق وكان بعضهم تخيل ان عرضية الهلاك للمال فقال ان المال على عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة يرجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز احدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل اشركه شركا فظهر انها فعل الانسان وفعله الخلط واما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يظن ان اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما ايضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال اي حقيقة الخلط فيه فالمال مشترك فيه اي متعلق به الاشتراك

الشركة جائزة لانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه **قال** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع من احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى

اى خلطها وركنها فى شركة العين اختلاطهما وفى شركة العقد اللفظ المفيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيد بشركة العقد فالاضافة فى الاضافة بيانية **قوله** الشركة جائزة الخ قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء فى الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصلى الذى هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء اى من الشركين لا يبغى على جواز كل منهما مع انه حكاية قول داؤد وعدم اخبار المخصمين عن شرعيته اذ ذاك فلا يلزم استمراره فى شريعتنا واما السنة فما فى ابى داود وابن ماجه والحاكم عن السائب انه قال للنبى صلى الله عليه وسلم كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى وروى احمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب عن النبى صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام فى التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلوة والسلام مرحبا باخى وشريكى كان لا يدارى ولا يمارى يا سائب قد كنت تعمل اعمالا فى الجاهلية لا تقبل منك وهى اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصدقة واسم السائب صيفى بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلى فيه انه كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت فيه شئ ولا تقوم به حجة انما يصح اذا اريد الحجة فى تعيين الشريك من كان اما عرفنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربى فى كتابه غريب الحديث يدارى مهموز فى الحديث اى يدافع ثم ايراد المشائخ هذا انما يفيدان الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل اعنى انه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثانى ما فى ابى داود ومستدرك الحاكم عن ابى هريرة عنه عليه السلام قال الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان وضعفه ابن القطان بجهالة والد ابى حيان وهو سعيد فان الرواية عن ابى حيان عن ابيه وهو سعيد بن حيان فرواه غيره عن ابى حيان مرسلا ورواه الدارقطنى يد الله على الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان احدهما صاحبه دفعها عنهما ولا شك ان كون الشركة مشروعة اظهر ثبوتا مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبى صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المص على ادعاء تقريره عليه الصلوة والسلام عليها **قوله** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها وظاهر هذا الحمل من القدورى القصر فذكر المص انها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا او ملكاها بالاستيلاء بان استوليا على مال حربى او ملكا ماله بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع من احدهما بان انفتق كيساهما المتجاوران فاختلط ما فيهما او اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة او يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا الا ان بعضهم ذكر فى شركة الاملاك الشركة فى الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعى لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولهذا اجاز هبته ممن عليه الحق وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولهذا لم تجز من غيره من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى احدهما شيئا كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما اخذ وليس له ان يقول هذا الذى اخذته حصتى وما بقى على المديون حصتك ولا يصح من المديون ايضا ان يعطيه شيئا على انه قضاه واخرا لآخر قالوا والحيلة فى اختصاص الآخذ بما اخذ ان يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة انه لا يجوز له ان يتصرف فى نصيب شريكه الا بامره لان كلا منهما فى نصيب الآخر كالاجنبى عن الشركة لعدم تضمنها وكالة وانه يجوز ان يبيع نصيبه من الشريك فى جميع الصور واما من غير الشريك فيجوز بغير اذنه فى جميع الصور الا فى صورتى الخلط والاختلاط فانه لا يجوز بيع احدهما نصيبه من غير الشريك الا باذن الشريك قال المص وقد بينا الفرق فى كفاية المنتهى وحقيقة الفرق

والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا أي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لأنه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملكه الآخر لفات التساوي وكذلك في الدين لما نبين إن شاء الله تعالى

ما أشار إليه في الفوائد الظهيرية وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على التسليم إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال الملك عن المخلوط ماله إلى الخالط فإذا حصل بغير تعد يكون سببا لزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد منهما زائلا إلى الشريك في حق الآخر من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فإن تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا تثبت من وجه وإلا كانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل أسبابها وأيضا فالزوال إلى الخالط عينا لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا إلى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط إذا باع من الأجنبي وإنما قلنا إن تمام السبب التعدي لأن الخالط لا يظهر أثره في ذلك وإنما تبين به أي تعديه السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه **قوله** والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول ثم فسر بالنص لقوله وهو أن يقول أحدهما شاركتك في كذا فيقول الآخر قبلت أي في كذا من المال أو في كذا من التجارات البزازية والبقالية أو في كل مالي ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل من الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى لو دفع ألفا إلى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الآخر وأخذ وفعل انعقدت الشركة ويندب الإشهاد عليها وذكر محمد كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك كله في أيديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل واحد منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول لا يملكه كل واحد منهما إلا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهم على قدر رؤوس أموالهما وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك ولا خلاف أن اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سنذكر فإذا كان اشترطا التفاوت فيه كتباه كذلك يقول اشتركا على أن ذلك في حال كذا أو في يوم كذا في شهر كذا وإنما يكتب التاريخ كيلا يدعي أحدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ **قوله** وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة وهذا الشركة منصوب على المصدر معمول للمعقود وكل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وإنما شرط ذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه أي حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح إذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وأصيلا في الآخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فإن الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب **قوله** ثم هي أي شركة العقود على أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه قيل في وجه الحصر أن العقد إما أن يذكر فيه مال أو لا فإن ذكر فإما أن تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره أو لا فإن شرط ذلك فهو المفاوضة وإلا فهو العنان وفي عدم ذكر المال إما أن يتقبلا العمل في مال الغير أو لا فالأول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه إنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالأموال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه وكل منها على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان إن شاء الله تعالى **قوله** فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما أنه وكيل عنه لأنها شركة عامة يفوض

وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى **قال** فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي

كل منهما الى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات لان المفاوضة الشركة والمفاوضة المساواة فلازم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فعم التساوي في ذلك ولا يخفى ان قول المراد هي من المساواة تساهل لا شك ادة اخرى فكيف تحقق الاشتقاق بل هي من التفويض او من التفويض الذي منه فاض لماء اذا عم وانتشر واختاروا ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودي + لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم + ولا سراة اذا جهالهم سادوا + وبعده . اذا تولى سراة الناس امرهم + نما على ذاك امر القوم وازدادوا وقيل بعده تهدى الامور باهل الراي ما صلحت + فان تولت فبالجهال تنقاد + ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا بنفسه مراده كيف كان تحققت المنازعة والفساد كما في قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب الصحاح اسم جمع لركب في راكب والسري فعيل جمع فعلة بالتحريك واصله سروة فتحركت الواو وانفتح ما قبلها فقلبت الفا فصار سراة واصل سري سريو اجتمعا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسياتي وجه المساواة فلا بد من تحقق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء اي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فما منع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة احدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زادت بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشترى فانما تغير بسعر راس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بالجميع مال احدهما ثم فضل مال الاخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنا لان الاخر لما ملك نصف ما اشترى صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ما لم يستحق به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود والاخر مثلها بيض وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لاحدهما الف وللاخر مائة دينار قيمتها الف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث احدهما دراهم او وهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى ان يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا وكذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك احدهما تصرفا لم يملكه الاخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين عن قريب **قوله** وهذه الشركة

جائزة في قول اصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وهذا لا يلزم منه تناقض كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم بقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكي عن اصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي ان يفوض كل الى الاخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوي في المالين وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره ابو بكر الرازي وجه قولهما وهو وجه القياس انها تضمنت الوكالة بشراء مجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل بانفراده فاسد فانه لو قال وكلتك بشراء عبد او ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو قال كفلت لك بما يلزم لمن تستدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لاخر وكلتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل ما شاء قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام اهل الاخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان الحديث الذي ما روي عنه عليه السلام انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة اي ان عقد المفاوضة اعظم للبركة وقوله عليه السلام اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف

وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي **قال** ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الكافر لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبدين

في كتب الحديث اصلا الله اعلم به ولا يثبت به حجة على الخصم وانما اخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمفاوضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي بعض نسخ ابن ماجه المعاوضة بدل المفاوضة ورواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبط المعارضة بالعين والضاد وفسرها بيع عرض بعرض مثله والآخر ما ذكره من ان الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط الذي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من المتفاوضين بل على شرط التفويض العام كما عن مالك لكن ثم اجاب عن القياس فقال الجهالة متحملة لانها انما تثبت تبعا والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا كما في المضاربة فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالزام وانتظم الكلام الكائن وهو قوله والجهالة متحملة تبعا الجواب عن الزام الكفالة بمجهول وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال واما الجهالة فيها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المعنى انما لم يجز حالة لانه لو صح صحت الكفالة بمجهول ابتداء لان عند اللزوم لابد من تعيين المكفول له فاكتفى بنفي الالزام لما ذكر من ان الشيء قد يصح تبعا لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات ضمنا شرعا اخذا من هذا الجواب بكذا تصرف نافع لا مانع فيه شرعا فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع اذا ثبت قصدا ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل فمن اين اشتراط المساواة في المال قلنا هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك ان الشركة في صورة يكون الشريكان متساويين فيما يعين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان عقدا على الوجه الاول سمينا الشركة مفاوضة والا سميناها عنانا غير انا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجعلنا اياه علما على تمام المساواة في امر الشركة فاذا ذكرا ثبت احكامها اقامة اللفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكرا لعدم تحقق رضاهما باحكامها الا ان يذكرا تمام معناها بان يقول احدهما وهما حران بالغان مسلمان او ذميان شاركتك في جميع ما املك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كلا ضامن عن الآخر ما يلزمه من امر كل بيع وهذا قول المصنف وينعقد بلفظ المفاوضة لتعذر شرائطها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنفي من شرط العنان فيكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان **قوله** وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيه للوصل وقوله لما قلنا اي لتحقق التساوي اذ الكفر ملة واحدة **قوله** ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك احدهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة اصلا ولو اذن له الولي ولا يملك التصرف الا باذنه **قوله** ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة وكون احدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في اصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره اي عقد الشركة بين المسلم والكافر لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في اكل الحرام وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال ابو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في اعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما

ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ
هو قد يكون عاما وقد يكون خاصا قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه واما الكفالة فلتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو
توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه
في التصرف وكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على
صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه
بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه
الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد و
عن النفقة قال وان كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب
ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رح انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره
فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم تصح ممن ذكرناه ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع
ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة

لا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينتفي الحكم عما بعد الا فيكون قد اخرج الكراهة التي تضمنها الجواز عنه فلا تثبت فانما هو استدراك من الجواز فان مثلته
ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة اي لكنه مكروه وبعض اهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما ان الا بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى في المتصل
والمنقطع مخرج من حكم الصدر فالمعنى لم يجيء في قوله جاز الا ما ذكر فيقتضي اخراج الكراهة من ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة ولهما انه لا تساوي في التصرف فان
الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير يصح ولو اشتراها المسلم لا يصح لكن ينبغي قول ابي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع ان التفاوت فيهما
عليكان لم يجب وكذا بين الكتابي والمجوسي فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد اباحتها دون الكتابي وكذا الكتابي لو اجر نفسه للذبح دون المجوسي واجيب
بان منهم من جعل الموقوذة ما لا يستقر ما في حتفهم فلا فصل بين المجوسي والكتابي فيتحقق المساواة في التصرف واما مواجرة نفسه للذبح فكل منهما من اهل ان
يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه او نائبه واجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته واما الحنفي والشافعي فالمساواة
ثابتة لان الدليل على كونه ليس مما يستقر ما قائم وولاية الالزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي واما المسلم مع المرتد فلا
تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر في الاصل قياس قول ابي يوسف انه يجوز عنده قوله ولا بين الصبيين يعني ولو اذن وليهما لانهما ليسا من
اهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين قوله وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ وذلك كما لو عقد بالغ وصبي او حر وعبد او مكاتب وشرطا
عدم الكفالة تصير عنانا وان عمها التصرف والمال وتساويا فيه لان عقد شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا يكون الا عامة
قوله وتنعقد اي المفاوضة على الوكالة والكفالة وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره اي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتري
وكفالة كل منهما الآخر اما انعقادها على الوكالة فليتحقق غرض الشركة وقوله على ما بينا يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح واما الكفالة
فليتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من افعالها وما يشبهه ما هو تجارة وما يشتريه
كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان للبائع الطعام والكسوة له ولعياله وادامهم ان يطالب
الآخر ويرجع الآخر بما ادى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى احدهما جارية للوطي باذن شريكه فانه يختص بها على ما سياتي في آخر الشركة ان شاء الله تعالى
وانما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة فان الحاجة الراتبة معلوم وقوعها اي المستمرة من قولهم رتب الشيء اذا دام ومنه امر ترتبة
اي ثم لنسخ السنة الثانية وضمها ولا يمكن ايجاب نفقة عياله على صاحبه فكان مستثنى ضرورة والقياس وقوعه على الشركة لما بينا من ان مقتضى العقد المساواة
ثم كفالة كل للآخر انما هي فيما هو من ضمان التجارة او ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء اخذ المشتري منه بدينه وان شاء اخذ
به شريكه وضمان التجارة كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد واجرة ما استاجره سواء استاجره لنفسه او لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة
ضمان غصب او استهلاك عند ابي حنيفة او وديعة اذا جحدها او استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فيصير
في معنى التجارة ولو لحق احدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص عن هذا ليس له
ان يحلف الشريك على العلم اذا انكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على احدهما بيع خادم فانكره فللمدعي ان يحلف المدعى عليه على البتات ثم يحلف
على العلم لان كل واحد لو اقر بما ادعاه المدعي يلزمهما بخلاف الجناية لو اقر احدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة
شركة مفاوضة مع رجل او امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو اقرت ببدل الخلع او التزمه احد الشريكين وهو اجنبي قوله ولو كفل

ولو كانت بغير امره لم تلزم صاحبه فی الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب فی الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابی حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء **قال** فان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب ووصل الی يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هی شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب فی حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

احدهما بمال عن اجنبی لزم صاحبه عند ابی حنيفة رح وقالا لا يلزم صاحبه لانه ای الكفيل متبرع ولهذا لا تصح الكفالة من الصبی والعبد الماذون والمكاتب ولهذا ايضا لو صدر ای عقد الكفالة من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض اذا اقرض احدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة فی المرض لان المريض لو اقر بكفالة سابقة على المرض لزمت فی كل المال بالاجماع لان الاقرار بها لاقی حال بقائها وهی فی حال البقاء معاوضة على ما سنذكره ذكر الاقرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو اخذ فيه سفتجة هو قول محمد وظاهر الرواية عن ابی حنيفة رح قال بعضهم قال ابو يوسف رح لا يجوز نسبه الی الايضاح وعبارة الايضاح نقلها فی النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعنی القرض لشريكه نوی المال او لم ينو وقياس قول ابی يوسف يضمن المقترض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم فی ضمان الكفالة فعند ابی يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك وكذا المقرض وعند ابی حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل فی حكم المقترض ولابی حنيفة رح انه ای عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء معاوضة بقاء كالهبة بشرط العوض لانه ای الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعد ما لزم عليه فبالنظر الی البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر الی الابتداء لم يصح ممن ذكره والوجه ان يقول ممن ذكرا يعنی الصبی والعبد الماذون والمكاتب لا يبعد ان يكون مبنيا للمفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الماذون وهذا لان الكفالة فی الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بما على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقی الذمة والذمة فی الماذون كالمشترك بينه وبين المولی حتی لا يصح اقرار المولی عليه فی الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس الا فی حالة البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا فی ذمته من المال وانما الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة فی الاموال الربوية فتكون لمثلها ای لمثل الدراهم والدنانير المقروضة حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح فی التاجيل ای لا يلزم ان يجری على موجب التاجيل فی الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن ابی حنيفة برواية الحسن فی القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل فلنا ان نمنع **قوله** ولو كانت الكفالة بغير امره ای امر المكفول عنه لا يلزم صاحبه فی الصحيح لانعدام معنى المعاوضة انتهاء ايضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله فی الصحيح يشير الی خلاف المشائخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه ابی الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشائخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بامره او لا **قوله** وضمان الغصب والاستهلاك وكذا ضمان المخالفة فی الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف ابا حنيفة بها لان فی ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع ابی حنيفة فی انه يلزم شريكه وفی الكفالة مع ابی يوسف كما نقله الا ان لابی يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة ولنا ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار الماذون به عبدا كان او صبيا حرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به فی الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتمليك وكذا الملك للمغصوب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتعاوضين ملتزما ضرره ونفعه وفی الكافی فی الاعارة الرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن فی يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو اقر احد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له

وعند ابی حنيفة

فان ورث احدهما عرضاً فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا التجارة لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

لم يلزم الآخر عند ابي حنيفة ويلزمه عندهما واصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هولاء عنده خلافا لهما وسياتي ان شاء الله تعالى **قوله** وان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا وكذا اذا وهب له فقبضه او تصدق به عليه او اوصى له به او زادت قيمة دراهم احدهما البيض على دراهم الآخر السود او دنانير قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث ما لا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح راس مال الشركة اذ هي اي المساواة شرط لصحتها ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداء شرطا لبقائها لكونه اي عقد الشركة عقدا غير لازم فان احدهما بعد العقد لو اراد فسخها فسخها واورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد احد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت احد المتعاقدين تبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما مع كونه غير لازم اجيب بان القياس في الاجارة ان يكون غير لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين وانفساخ بموت احدهما الا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستاجر فلو بقيت لزم ارث المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان وان كانت الوصية لازمة ولا باس ان نذكر فروعا من شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب فرجلان اشتري عبدا بينه وبينه فذهب فاشتراه واشهد انه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشراء نصف العين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو اشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ولو امره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المامور فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شيء للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذا لغيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما امره الثاني ان يشتريه بينهما فقد امره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قيل لا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا فقبضه وطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فيه فله نصفه بنصف مثل الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مطلق الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا ان يبين خلافه ولو اشترك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم اثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشركا فيه آخر فالقياس ان يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار مملكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما حين اشركاه ساوياه بانفسهما وكان كانه اشترى العبد معهما ولو اشرك احد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فاجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رح ان احد الشريكين اذا قال لرجل اشركتك في هذا العبد فاجاز شريكه كان بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذلك لو اشركه احدهما في نصيبه ولم يسم في كم اشركه ثم اشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال احدهما اشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد اشركتك في نصفه الا ترى ان المشتري لو كان واحدا فقال لرجل اشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله اشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال اشركتك في نصيبي فانه لا يملك الرجل بهذا اللفظ

فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رحمه الله تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها انعقدت على رأس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فتقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رحمه الله لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين منها بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعا وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال

ملكا بجميع نصيبه باقامته حرف في مقام حرف الباء فانه لو قال اشركتك بنصيبي كان بائعا للكل فلذا كان له نصف نصيبه واعلم ان شرط الشركة فيما ذكرنا كله تبتني على صيرورة المشتري مالكا للذي اشرك فيه الملك فانبنى عليه انه لو اشترى عبدا فلم يقبضه حتى اشرك فيه رجلا لم يجز لانه بيع ما لم يقبض كما لو ولاه اياه ولو اشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذي اشرك في عبده لان لفظ اشركتك صار ايجابا للبيع ولو قال اشركتك فيه على ان تنقد عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذي باعه منه ولو نقد عنه رجع عليه بما نقد لانه قضى دينه بامره ولا شيء له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم اشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي التسوية وانما يصح اذا انصرف الاشراك الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ الاشراك في كله ولو قال رجل لآخر ايما اشترى هذا العبد فقد اشرك فيه صاحبه او فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلا منهما وكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فايهما اشتراه كان مشتريا النصف لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فان اشترياه معا او اشترى احدهما النصف قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما لتمام مقصود كل منهما ولو نقد احدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير امر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه احدهما ونقد الثمن فاذا اذن كل منهما للشريك في بيعه فباعه احدهما على ان له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة وبناه على فصلين احدهما ان عند ابي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني ان من قال بعتك هذا الا نصفه بالف كان بائعا للنصف بالف ولو قال بعتك بالف على ان لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعتك نصفه بالف فاما قوله على ان لي نصفه فحاصله ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مقيدا يصح كما في شراء رب المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو ماله لنفسه مع المشتري فيقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسئلة** اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة او بمائتين فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة بربح مائة او بالعشرة احد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول اما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فباعتبار الثمن الاول الا يرى انه لا يستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو اشترى بعوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلاثا منهما فكذا الثاني توضيحه انا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق احدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل في المبسوط.

فصل لما ذكر اعتبار المساواة في رأس المال في شركة المفاوضة احتاج الى بيان اي مال تصح به فقال لا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط ان المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فيصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال وصدق بعض المفاوضة ينعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض لا ينعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول احمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعروض المثلي وقال مالك يجوز

ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب لا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رحمه الله تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لأنه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله

بالعروض إذا اتحد جنسهما وقال الأوزاعي وحماد بن أبي سليمان يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعهما يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا يجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس المال أحدهما عرض والآخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها والربح فما ربحت فهو بيننا ففعل صح إلا أنه لا بد أن تقيم البينة أنه فعل ليلزم الآخر إذا لم يصدقه لو ثبتت ونبيعه وقيد بالدراهم والدنانير لإخراج الجاري التبر فلا يصلحان رأس مال الشركة إلا فيما سنذكر وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا فإنه اقتصر على أن قال لا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل ظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها إنما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس ثمنا في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الأول وقال المصنف قالوا يعني المتأخرين هذا قول محمد ويستدل عليه بمسئلتين إحداهما أن الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كان بعينهما عند محمد رحمه الله خلافا لهما وسيأتي الوجه والتقييد بأعيانهما احتراز أما لو باع فلسا بفلسين دينا فإنه لا يجوز اتفاقا لأن حرمة النسا تثبت باتحاد الجنس وهو قول مالك أن الجنس إذا كان متحدا فقد عقدت على رأس مال معلوم فكانت كالنقود بخلاف المضاربة حيث لا يجوز إلا بالنقود لأنها شرعت على خلاف القياس لما فيها من ربح ما لم يضمن فإن المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه فيقتصر على مورد الشرع ولنا أن رأس مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين فما يستحقه أحدهما من زيادة على حصة رأس ماله الذي هو ثمن عرضه ربح ما لم يملكه ولم يضمنه بخلاف النقود فإن كل واحد ثم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ما ضمنه فإن قيل هذا لا يلزم لأنه لا يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما كيليين أو موزونين أو غيرهما متحدي القيمة كثياب للكرباس من مائة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبة مثلا فإذا باعا جملة في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم أن عدد ما بيع من الآخر وقبضه المشتري تساويان بل الظاهر أنهما متفاوتان فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس إلا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى إلى تعذر الوصول إلى قدر حقه وربح الآخر ما لم يضمن لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن ولا يفيد أن العلم بالقيمة فيؤدي إلى المنازعة فيه وهذا إنما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض أما إذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع نعم اللازم ربح ما لم يضمن وتعذر ما يدفعه ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الإنسان ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيئا بماله على أن يكون الآخر شريكا فيه يجوز وعلمت أن الخلط لا ينفي ذلك وجه قول محمد أن الفلوس إذا كانت نافقة تروج رواج الأثمان فالتحقت بها ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة فإنها باصطلاح الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة ينتفي بانتفاء الخلقة وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا إنما هو في الملاحظة أما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولهذا قال الإسبيجابي الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لأنها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها قال المصنف ويروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والأول أقيس وأظهر لأن قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين عن أبي حنيفة جواز المضاربة بها وعلى ما ذكر في مبسوط الإسبيجابي يجب أن يكون قول الكل لأن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكرناه فيما يليه حيث قال ولا يجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بها كالتبر وهو غير المضروب والنقرة وهي القطعة المذابة

ولمحمد رحمه الله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك ورواية الجامع لا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذا التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس مال للشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا يصلح راس مال فيهما وهذا لانهما خلقا ثمنين ثم قال الا ان الاول اصح يعني دراية لانهما انما خلقا للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص فتخرج ضربها حليا فانها تتعين لتبة وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم تجز التعامل بها ثم قال الا ان يجري التعامل بها اي بالتبر والنقرة استثناء من قوله اصح وهو كونها لا تصح الشركة بها فكان الثابت انهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت راس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله اي القدوري ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط لانها عروض محضة لكل منهما ما شاهده وعليه وضيعته ويختص بربحه وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند ابي يوسف اي لكل منهما متاعه يختص بربحه وضيعته لانتفاء شركة العقد والوضيعة خسارة التجارة يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر ووكس في سلعته يوضع وضيعة اي خسر وقال قوم من العرب وضع يوضع كوجل يوجل وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد اذا كان المخلوط جنسا واحدا وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم ثم هو قول ابي يوسف هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح راس مال الشركة لا تختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما ان ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر الان المخلوط لا يكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد قوله ولمحمد رحمه الله انها اي المكيل والموزون والمعدود المتقارب عروض من وجه حتى يتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا في الذمة وهو من حكم الاثمان فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين وهما الخلط وعدمه فبشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله ولشبه الثمن بعده فلخلط فتجوز الشركة بها بعده وهذا لان بالخلط تثبت شركة الملك فتتأكد بها شركة العقد بخلاف العروض المحضة فانها ليست ثمنا بحال فظاهر الرواية هو الاوجه الا ان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبه به بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متاصلا في حقوقه وله شبه باخر لا يقال له شبهان غايته ان الثبوت في الذمة عرض عام للحقيقتين المختلفتين والمفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط والا لزم قول مالك وقد بينا ولو كان المخلوط من جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد بين صحة العقد بعد صحة الخلط في متفقي الجنس حيث يجوز والمختلفين حيث لا يجوز ان ما من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن بمثله فيمكن تحصيل راس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل والمخلوط من جنسين من ذوات القيم حتى يلزم مثله قيمته فيتمكن الجهالة اذ لا يمكن ان يصل كل منهما الى غير حقه من راس المال وقت القسمة كما في العروض قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قيل اراد فصلنا الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تاويله انه بينه في غيره الا انه خلاف المعتاد من المصنف في اطلاق هذه العبارة والحاصل ان الخالط تعدى بالضمن لنصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه او بخلاف جنسه ولا تمييز كشيرج رجل خلطه بزيت غيره او تمييز بعسر كحنطة خلطها بالشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم فليس موجبا للضمان لانه يمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان اجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغيره من في عياله كبيرا كان او صغيرا او كان في عياله فان لم يتعد بالخلط فقال احد المالكين انا اخذ المخلوط واعطي صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا بذلك صح وان ابيا يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما ذكره وهو ان يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنتقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي بيعت بها واما الشعير

قال وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة قال رضي الله عنه وهذه حيلة لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله إذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كانت بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة

يزداد قيمته بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق أن يضرب بها مخلوطا فلذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب أعني التقسيم إلى قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة أن المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما على ما هو ظاهر مذهبه فالمخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح أنه قولهم جميعا لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما إلى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن فإن اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل أو موزون صار عينا مشتركة فإذا باعاه انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعا لأن كلا منهما بائع لملكه والثمن بمقابلة جميع ما في العقد من العوض فيقسم عليهما باعتبار القيمة وإن كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما إذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا لأن الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ذلك لكل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فيعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا إن لم يزد بالخلط قيمة أحدهما لأنه دخل في البيع بهذه الصفة فإن كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فإنه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد إذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لأن تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لأن النقصان حاصل بفعل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب إلا بذلك القدر وقد طعن عيسى رح في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الأول إنه يعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح تقسيم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لأن استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة فإن قسمة الثمن على القيمة يكون وقت البيع إلا أن يكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الأئمة بأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى قيمة مثله في الأسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار إلى معرفتها في أول الأوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار إلى معرفة قيمة كل في أول أوقات الإمكان وهو عند الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الأمثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل منهما بخلاف ما إذا لم يخلطا لأن تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع **قوله** وإذا أراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فيصير شركة ملك ثم عقد الشركة مفاوضة أو عنانا فقيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز إلا أن يكون مضافة إلى حال بيعهما العروض بالدراهم فإنه يجوز لأنه مضاف إلى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل فإنما يثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لأن المانع من كون رأس مال الشركة عروضا كل من أمرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة رأس المال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل ما يربحه الآخر ربح ما هو مضمون عليه ولا يحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى معرفة رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك

قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بز أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الإعراض يقال عن له أي أعرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى أو أكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليس بشرط فيه

بالجزء فيقع الجهالة لأنهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون لكل أن يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فقول المصنف وهذه الشركة عند مالك مشكل ومن المشايخ من جزم بأنه قصد إلى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وإن لم يضعه على طريق الخلاف كما قال القدوري في أول الكتاب ويستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة فقال المصنف النية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف وكذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لجهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للازم وهو ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما الباطل وعلمت أنه منتف **قوله** وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع من التجارات بز أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لأنها خاصة بالمفاوضة فعلى هذا لو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وإن لم تكن متوفرة ينبغي أن تنعقد عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن أن يقال تبطل لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن أن يقال لا تبطل لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل للآخر زيادة على نفس الشركة كما أنها تكون عنانا مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم إلا أنه قد يرجح بأن هذه الكفالة لمجهول فلا تصح إلا ضمنا فإذا لم تكن مما تتضمنه الشركة لم تكن ثبوتها إلا قصدا فلا يصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة ببيان ذكر كل مقتضياتها فإن منها الكفالة وتصح لأن هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة **قوله** من عن له كذا أي عرض قال امرؤ القيس
فعن لنا سرب كأن نعاجه … عذارى دوار في ملاء مذيل
أي عرض لنا سرب أي قطيع يريد به من بقر الوحش كأن نعاجه عذارى أي أبكار ودوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وبضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استدارة لحمها وسمنها بالعذارى والملاء المذيل أي الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي مساواة بل عروض غرض تعلق بقدر من الاختلاط قليلة وكثيرة وعمومه وقيل مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه الكسائي والأصمعي فإنه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه أو يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في حالتي الإرخاء وضده إلا أنه اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولا مدينة كما في استحجر الطين وأمثاله **قوله** ويصح أن يتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح وعكسه بأن يتفاضلا ويتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح وهو قول أحمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله يتفاضلا إلخ ليس على إطلاقه بل ذلك فيما إذا شرط العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرطاه على من شرط له زيادة الربح وإن شرطا العمل على أقلهما ربحا لا يجوز وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأن استحقاق أحدهما تلك الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضيعة فإنها لا تكون إلا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران ولنا ما ذكر المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر المالين لم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه لعلي رضي الله عنه ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل وأيضا هذا العقد أعني شركة العنان يشبه المضاربة من حيث إنه يعمل في مال غيره وهو الشريك ويستحق به ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة في اشتراط الزيادة لأحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا أو مع الآخر وإن كان ربحا بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى أجزنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال لم يبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره أجزنا الزيادة في الربح لأحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأن العقد يخرج عن الشركة والمضاربة

نصفين

للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الآخر دراهم وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه قال واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا ان هلك في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بينا وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما ها هنا فبخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال

ايضا الى قرض ان شرط للعامل كله او رفعه اليه فاستحق جميع ربحه والى بضاعة ان شرط لرب المال الا انه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك حذق واقوى الخ قوله اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلهذا جاز ان يعقد كل ببعض ماله ويجوز اذا كان من جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة احدهما وبيض من جهة الاخر وان تفاوتت قيمتها والربح على ما شرطا فيه تساويا او تفاوتا على قدر قيمته دراهما الشرط الذي مثلنا قوله واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة وكذا لو هلك احد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه او يد شريكه لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التميز وتبطل الشركة اما الاول فلان مال كل واحد منهما قبل الشركة وقبل الخلط باق على ملكه واما بطلان الشركة فلان المعقود عليه في عقد الشركة هو المال لانه يتعين بالتعيين في الشركة والهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشترى للموكل حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله اما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينا في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال واحترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه اي الشريك الذي لم يهلك ماله لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه هو ايضا في ماله تحقيقا لبقائه فاذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وهو الاشتراك فيما يحصل قوله فان اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الاخر فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع مشتركا لقيام الشركة وقت الشراء فلا يبطل لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيحصل المشترى بما اشتراه فلا يتغير الحكم اي حكم الشركة بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة الواقعة في هذا المشترى بعد هلاك مال الاخر شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع احدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلكت قبل الشراء به مال الاخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد رحمه الله انه يقتصر البطلان بهلاك مال احدهما اذا وقع بعد حصول المقصود والعقد الشركة بالمالين واذا وقع المشترى على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بينا قوله هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال الاخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الاخر فان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله يكون مشتركا بيننا كذا صور في المبسوط فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك لهذا اجمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رحمه الله في بعض المواضع فالمشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الاخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محل الاول اذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحل الثاني اذا صرحا بها على ما ذكره وقوله لما بيناه يريد به قوله لانه وكيل فيه من جهته الخ قوله ويجوز اي الشركة وان لم يخلطا المال به قال مالك واحمد رحمهما الله الا ان مالكا شرط ان يكون تحت يديهما بان يكون في حانوت او في يد وكيلهما وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وهو اي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك بالخلط لما سلف من ان معناها الاختلاط والخلط على ما حققناه فلا يتحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعتبر في كل عقد شرعي ما هو مقتضى اسمه قال المصنف وهذا اي كون الربح فرع المال اصل كبير لهما حتى تفرع عليه اعتبار اتحاد الجنس فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللاخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللاخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز العدد منهما عن الاخر ولا يجوز

ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لأن العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد بالتصرف لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل **قال** ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة ولأن له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا **قال** ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة فتتضمنها وعن أبي حنيفة رح أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح كما إذا استأجره بأجر بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا يستتبع مثله **قال** ويوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

التفاضل في الربح مع التساوي في المال لاختلاف الشركة في الأصل والفرع ولا شركة في التقبل والأعمال لعدم المال قوله ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال حاصل تقرير الشارحين أن الربح يضاف إلى التصرف في المال وهو العلة وإلى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة وأنت تعلم أن الإضافة إلى علة العلة بطريق المجاز فإن الحكم بالذات إنما يضاف إلى علته لما عرف أن لا أثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الإضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم ينبني على الإضافة وإنما وجه التقرير المراد أن الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الآخر ليس مضافا إلا إلى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا إلى نفس المال ولا التصرف فيه لأن إضافة الربح إلى التصرف في المال معناها أنه المكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا إذ هو معلوم وإنما حاجتنا إلى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله إنما يضاف إلى العقد الشرعي لا التصرف فإن نفس التصرف في المال وإن كان مأذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل إلا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لأن هذا العقد الشرعي يسمى شركة فيتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف مع أن أحدهما عن الآخر ليكون علة لعلته بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس إلا فيه فإذا كان كذلك فلا يتوقف الاسم على خلط المال لأن ما حال العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المصنف ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني في الشراء بهما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف وإذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط تحققت في المستفاد بدونه أي بدون الخلط فصار كالمضاربة تتحقق الشركة في الربح بلا خلط فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لأنه العقد في المحل قلنا إنما بطلت لعارض آخر وهو أن هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه مبطل له كهلاك المبيع قبل القبض فإذا كان الأصل هو العقد لا المال لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي في رأس المال ولا في الربح وصح شركة التقبل قوله ولا يجوز الشركة إذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجه ما ذكره المصنف بقوله لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشتراط لأحدهما يخرج العقد من الشركة إلى قرض أو بضاعة على ما تقدم قوله ونظيره في المزارعة يعني إذا شرط لأحدهما قفزانا مسماة بطلت لأنه عسى أن لا يخرج الأرض غيرها قوله ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة من المشاركين ولأن له أن يستأجر على عمل التجارة والتحصيل للربح بغير عوض دونه وأنه أقل ضررا فإذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهر أن لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف قوله وكذا له أن يودعه لأنه معتاد ولا يجد التاجر بدا منه في بعض الأوقات والمضايق وقوله ويدفعه مضاربة لأنها دون الشركة لأن الوضيعة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة وعن أبي حنيفة برواية الحسن أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة في الربح والأصح هو الأول وهو رواية الأصل لأن الشركة في الربح غير مقصودة فإنما المقصود تحصيل الربح فصار كما إذا استأجره بأجرة ليعمل له بعض أعمال التجارة بل أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة فإن أحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة لأن الشيء لا يستتبع مثله وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون يأذن لعبده واقتداء المفترض والمتنفل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ فأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل بإطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاة الإمام متضمنة لصلاة المقتدي بل تلك مبنية عليها وحقيقة الناسخ مبين لا غير على أنه ليس مما نحن فيه بالسبر ولكل واحد أن يشتري بالنسيئة وإن لم يكن مال الشركة في يده

قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

استحسانا وليس لاحد شريكي العنان ان يرهن عينا من مال الشركة بدين من التجارة عليه او الارتهان بدين له بخلاف المفاوض له ان يرهن ويرتهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع على شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع احدهما فليس للآخر قبضه وللمديون ان يمتنع من دفعه اليه ويبرأ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما ادانه الآخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا ان يؤخر دينا فان آخر ولم يمض على الآخر وكذا لا يمضي اقرار احدهما بدين في تجارتهما الا الآخر فان اقر وانكر الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان او مباشرا وان اقر انهما ولياه وانكر الآخر لزم لنفسه ولو اشترى احدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للآخر ان يرده لان ذلك من حقوق العقد ولو اخذ احدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد احدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي اقراره عليه شاركه شركة عنان ويمضي على الآخر بخلاف شريكي العنان ويجوز قبض كل من المفاوضين ما اداه الآخر او اداناه او وجب لهما على رجل من غصب وكفالة او غير ذلك او يرد بالعيب ما اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شئ من هذا اول الباب ولكل من شريكي العنان ان يوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من اعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل صريحا بالشراء ليس له ان يوكل به لانه عقد خاص طلب به شراء شئ لعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لاحدهما ان يعمل اذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال احدهما اخرج دمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان اذن له فيه **قوله** ويده اي يد الشريك مطلقا في المال يد امانة لانه قبض المال لا على وجه البدل والوثيقة فيكون امانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء فانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة وكان امانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسائل احدها اذا مات احد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده لا يضمن لشريكه نصيبه والآخرى في السير اذا اودع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند فمات فنذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى **فروع** في اختلاف المتفاوضين قد علم انه ليس لاحد المتفاوضين ان يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر انه شاركه مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان اقام البينة فشهدوا انه مفاوضه او زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما او قالوا هو بينهما نصفان قضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضي بذلك فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا مما في يده واقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند ابي يوسف لان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذو اليد عينا في يده انها له خاصة وهب شريكه منه حصته واقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى انه مناوضه والمال في يد المدعي عليه فاقر وقضي عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده او ميراثا او هبة واقام بينة قبلت والفرق لابي يوسف ان ذا اليد هنا

قال وأما شركة الصنائع ويسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لأن هذه شركة لا يفيد مقصودها وهو التثمير لأنه لا بد من رأس المال وهذا لأن الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رح فيهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته إليه وصار كشركة الوجوه لكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة

مقرا بالمفاوضة يدعي الميراث والإضافة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفي الأول ذو اليد جاحد ما ادعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى أنه لو لم يكن أقام البينة في صورة الإنكار لم يستحلف خصمه وإذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحي ذلك فأقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء مما في يد الحي لأنهما شهدا بالعقد علما ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت أحدهما ولأنه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما إلا أن يقيموا أنه كان في يده في حيوة الميت وأنه من شركتهما فإنهم ح شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يد الورثة فجحدوا الشركة فأقام الحي البينة على المفاوضة وأقاموا أن أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير شركة بينهما لم تقبل منهم لأنهم جاحدون فإنما يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعي الشركة فيما في أيديهم فيقضى له بنصفه وصحح شمس الأئمة أن هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وترك ميراثا لأبينا وأقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد كما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعدما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فإذا افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان في يد صاحبه وأن قاضي بلده كان قضى بذلك عليه وسموا المال وأنه قضى به بينهما نصفين فأقام الآخر مثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره فإن كان من قاض واحد وأعلم تاريخ القضائين أخذ بالآخر وهو رجوع عن الأول لتفضيله وإن لم يعلم أو كان القضاء من قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلا منهما صحيح ظاهرا فيجب على صاحبه بما هو عليه وهذا أن الفضل **قوله** وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل وشركة الأبدان وشركة الأعمال فنحو الخياطين والصباغين يشتركان في أن يتقبلا كل الأعمال ونحو الصباغ والخياط يشتركان في ذلك ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لأنها شركة لا تفيد مقصودها أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية أي الشريكين وهو التثمير أي الربح لأنه لا بد في الربح من رأس المال لأنه يبتنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل أيضا كما مر فجاز بالتوكيل بأن يوكل كل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلا في نصف العمل المتقبل وكيلا في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فإن عملا استحق كل فائدة عمله وهو كسبه وإن عمل أحدهما كان العامل معينا للشريك فيما لزمه بتقبله عليه وهو جائز لأن المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى أن نحو الخياط يتقبل ثم يستأجر من يعمله ويدفعه إلى مالكه فيطيب له الأجرة ومن صورة هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل **قوله** ولا يشترط فيه أي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط عن زفر أن من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافي اشتراطه فيها اتحاد العمل والمكان أجيب بأن عن زفر في جواز شركة التقبل روايتان ذكرهما في المبسوط ففرع رواية المنع على اشتراط خلط المال وذكر هنا شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله لأن المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين أو دكان وكون الأعمال من أجناس أو جنس فلا وجه لاشتراطه شرطا بلا دليل يوجبه **قوله** ولو شرطا العمل نصفين يعني التساوي في العمل والربح أثلاثا جاز لشرط كون المشروط له ما شرط عليه العمل في القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الضمان هنا إنما هو بقبول العمل إذ لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لأحدهما ربح ما لم يضمن فلم يجز كما لم تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرطا التفاوت في ملك المشترى فإن المشترك على أنما اشتراه كل يكون للآخر نصفه

قال: وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافع بالدفع إليه، وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان، والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة، وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان، ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل. قال: وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا، سميت بها لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدال، وإذا أطلقت تكون عنانا لأن مطلقه ينصرف إليه، وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي، والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل. قال: وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فيتعين الوكالة، فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك، وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان، فرب المال يستحقه بالمال، والمضارب يستحقه بالعمل، والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان، ولا يستحق بما سواها، ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني، واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا، والضمان بقدر الملك في المشترى، وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة، والوجوه ليست في معناها، بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها. والله أعلم.

فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لأن حقيقة الربح إنما يكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا مختلف لأن رأس المال عمل والربح مال فإنما يقال له ربح مجازا وإنما هو بدل عمله والعمل يتقوم بالتقدير أن يجب بالتراضي فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا إذا كان أحذق في العمل وأهدى وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملا فصححوا الجواز لأن الربح بالعمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف نعلمه وقوله بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح ما لم يضمن وهو لا يجوز إلا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار شركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد لشرط الزيادة والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الأجر فإنه نص في شركة الوجوه التي شبهها بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي أن يشترطا الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرطا خلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما **قوله** وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى أن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالأجرة ويبرأ الدافع بدفع الأجرة إليه فإن كان إنما عقد الذي تقبل قال المصنف هذا وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع إليه الأجرة ظاهر فيما إذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة وفي غيره وهو فيما إذا أطلقا الشركة أو قيداها بالعنان استحسان فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناها وبهذا علمت أن لا فرق بين إطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في أن المنعقد عنان والكفالة تقتضي المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة أعني شركة الصنائع مقتضية للضمان في القدر الذي ذكرنا لأنها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الأجرة بعض ما يسمى الآخر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى هذا العقد عنانا وإن كان مجرى المفاوضة في ضمان العمل عن الآخر واقتضاء البدل وإن لم تتقبل ضرورة بخلاف ما سوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من أمر الصناعة كثمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه إلا ببينة لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها ثلاثة لم يعقدوا بينهم شركة تقبل فتقبلوا عملا ثم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الأجرة ولا شيء للآخرين لأنهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم بلوا ثلث العمل لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الأجر فإذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الأجر **قوله** وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجوههما أي بوجاهتهما وجاههما والربح بينهما لأن الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير أن الواو انقلبت حين وضعت موضع العين للموجب لذلك لذا كان وزنه عفل ثم إنما تكون مفاوضة بأن يكونا من أهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويا في الربح ويتلفظا بلفظة المفاوضة أو يذكرا مقتضياتها كما سلف فيتحقق الوكالة والكفالة في الأبدال أي الأثمان والمبيعات وإن فات شيء مما ذكرنا كانت عنانا لأن مطلق عقد الشركة ينصرف إليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الأعمال ونقول صحة العقد باعتبار الوكالة وتوكيل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو أثلاثا صحيح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة تقدم معنى الثاني غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان

فصل في الشركة الفاسدة ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه

مع ان الربح في كل منهما من قبل الاصل فتفرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح الحاق شبيه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز زيادة ربح احدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه احدهما عامل في مال الآخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس والا لم يجز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعا باحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح ما لم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وح يسقط اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح ما لم يضمن لان في جعل راس مال الشركة عروضا ربح ما لم يضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من اول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع اجيب بما يجوز فيها يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا والله اعلم

فصل في الشركة الفاسدة لما قدم الصحيحة عقبها بالفاسدة ظاهر **قوله ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد** وكذا الاحتشاش **قوله والتكدي** وسؤال الناس وما اصطاده كل واحد منهما واحتطبه واصابه من التكدي فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح كاخذ الكلاء والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعه من ارض مباحة والجص او الملح او الثلج او الكحل او المعدن او الكنوز الجاهلية وكذا لو اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا اجرا ولو كان الطين مملوكا او سهلة الزجاج فاشتركا على ان يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك واحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما روى ابو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا انا وسعد وعمار يوم بدر فلم اجئ انا وعمار بشيء وجاء سعد باسيرين فاشركهم النبي صلى الله عليه وسلم اجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله فيمتنع ان يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وفعله عليه الصلاة والسلام انما تفضيل قبل القسمة او انه كان قدرا مخصصا وعلى قول البعض الشافعية ان غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر **قوله لان امر الموكل** به اي باخذ المباح غير صحيح لعدم ملكه وولايته والوكيل يملكه اي يملك المباح بدون امر الموكل فبطلا فيصح الوكيل نائبا عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد هنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع ان الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب ان الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيما ثبتت له ولاية ان يشغل ذمته به بعد ان لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا ان التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثبات الولاية عليه في ذلك الكلام في التوكيل بخلاف هذا انما الوجه ان الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا اخذه فاستولى عليه سبق ملكه له لا لموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا كان قصد ذلك لغيره فلم لا يكون لذلك الغير يجاب بان الطلاق نحو قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد **قوله** فان اخذاه جميعا الشيء ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما ان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب كان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الآخر بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه احدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك **قوله** وقد عرف في موضعه يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما فوجه قول محمد ان المسمى مجهول اذ لم يدر ما النوع من الحطب

قال: وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية إن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء وأما وجوب الأجر فلأن المباح إذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي فقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما أن الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لأنها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

ليسعيان وهل لصبيان شيئا أولا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ والوجه لقول محمد فيما إذا لم يصيبا شيئا وفيما إذا أصابا أنه إن كان أجر مثله أكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال فهي حالة على شرف الزوال فإنه على عرض أن يصير معلوما عند الجمع والبيع بخلاف ما إذا لم يصيبا شيئا فإن المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومآلا فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ وقوله لا يجاوز به بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله النصف بعد ذلك بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل فرع لهما كلب فأرسلاه فما أصاب بينهما ولو كان لأحدهما وأرسلاه جميعا كان ما أصابه لمالكه **قوله** وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والحاصل بينهما لم تصح الشركة اعلم أن الراوية في الأصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لأنه يرويه ولقيل روية للقوم إذ استقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المضمومة لنقل الماء فعلى الأول أن يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركا على أن كلا يؤاجر ما كل واحد فما رزقوا فهو بينهما وذلك باطل لأن حاصل معنى هذا أن كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على أن ثمنه بيننا ولو صرح بهذا كانت الشركة فاسدة ثم إن أجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل لأن الشركة لما فسدت والإجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الأجر مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤاجرا البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان ولا يعتبر بزيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا تعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الأعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت وإن أجر البعير أو البغل بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه بدل منافع فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الأجر على قول أبي يوسف بالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابة إلى رجل ليؤاجرها على أن ما أطعم الله بينهما نصفان فإن الأجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا أن تقديره أنه قال بع منافع دابتي ليكون الأجر بيننا ثم الأجر كله لصاحب الدابة لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بأمره وللعاقد أجر مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع إليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفوع إليه على أن الربح بينهما نصفان فإن الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثلها لأن العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه أجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام لأنه كسبه وعلى الثاني أن يكون لهذا بغل وللآخر مزادة فاشتركا على أن يستقيا الماء فيها على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال أحمد والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل المزادة إن كان صاحب البغل وأجر مثل البغل إن كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاود ومزايد أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو نقل الماء وأما وجوب الأجر فلأن المباح صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجره **قوله** وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال كألف لأحدهما مع ألفين للآخر فالربح بينهما أثلاثا وإن كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل ما للآخر وشرطا الربح أثلاثا بطل شرط التفاضل ويقسم نصفين بينهما لأن الربح في وجوده تابع للمال وإنما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال المولد له ونظيره البذر في المزارعة والريع الزيادة **قوله** وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة مفاوضة كانت أو عنانا إذا قضى بلحاقه على البتات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وإن لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلما قبل الحكم بلحاقه فهما على الشركة وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فإن لم يقض القاضي ببطلانها حتى أسلم عادت المفاوضة

فصل وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المامور علم او لم يعلم ولابي حنيفة رح انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعرى اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار

فان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف بل تصير عنانا عند ابي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي وانما بطلت الشركة بالموت لانها تضمن الوكالة اي شرطها ابتداء وبقاء بها ضرورة فانها لا تتحقق ابتداء وبقاء الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل بل بطلانها بالالحاق لانه موت حكمي على ما بينا من قبل في باب احكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكمي فان ملكه تحول شرعا الى وارثه علم موته او لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومالها دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم او دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن اصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم او دنانير صح نهيه غير انه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان راس المال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة في ايديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان او عرضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه **فرع** انكار الشركة فسخ وقوله لا اعمل فسخ حتى لو عمل الآخر كان ضامنا لنصيب شريكه وفي الخلاصة قال احد الشريكين لصاحبه انا اريد ان اشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا يكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم انه فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضي ام سخط بخلاف الشريك فان احد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه انتهى وهذا غلط وقد صرح بانفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان احد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضى صاحبها وفي الرضا احتمال يعني اذا كان ساكتا والاوجه عدم وقوع المشترى على الاختصاص للشك وعلى هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رأس اموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي التي اشتركتم فشارك الحاضران آخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم اثلاثا ثلثا للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل العمل بينهم هكذا حتى خسر المال او استهلكه فاراد الغائب ان يضمن شريكيه لا ضمان عليهما ادعى بعد ثبات رضاه بالشركة لان هذا اخص من السكوت

فصل لما كانت احكام هذا الفصل بعدت عن الشركة اذ ليست من امور التجارة والاسترباح افردها بفصل واخره **قوله** واذا اذن كل ان يؤدي زكاته فاذا حال الحول فحال فادى وقد ادى الاذن المالك ضمن لشريكه ما اداه علم باداء الاول او لم يعلم عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ما لم يعلم باداءه هكذا ذكره في كتاب الزكوة من المبسوط ونقل الولوالجي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم باداء المالك ونص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم باداءه او لم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المامور وعلى هذا المامور باداء الزكوة وهذا الخلاف فيما اذا اديا على التعاقب فان اديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكوة كل منهما تقع باداء نفسه واداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم

قال وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لأن الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة إذ هما لا يملكان تغييره فأشبه حال عدم الإذن غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسألتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

ان اداءه يتضمن عزل الوكيل وهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب انه اداه بالامر والضمان مع الامر ولا يقال انما امره باداء زكوته لانا نقول ليس هذا في وسع الوكيل لان وقوعه زكوة يتعلق بامر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل ليقضيه بها دينا عليه ثم ادى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار ايضا كدم الاحصار اذا ذبح المامور بعد زوال الاحصار ولابي حنيفة انه مامور باداء الزكوة والمودي بعد ادائه زكوة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر الديني وقد خلا اداؤه عن ذلك فصار باداءه معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي لا يتوقف على العلم كالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا واما الزام دم الاحصار ففيه منع تسليم ابي حنيفة الجواب فيها بل قوله بالضمان فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق ان الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار ادرك الحج او لم يدركه فيتحلل بافعال [illegible] فالمحصر اتى بما ليس بواجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه واما مسألة الدين فالفرق انه امره بدفع مضمون على الآخذ وذلك ثابت وان كان الآخذ [illegible] لان تعيين الدين [illegible] بدفع المضمون على القابض ثم تعيير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم ينفسخ لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى [illegible] عن قولهما ليس في وسعه [illegible] زكوة فكان المامور دفعه الى الفقير [illegible] وكونه عزلا حكميا [illegible] لانه يتوقف على كون الامر صح بدفعه [illegible] زكوة [illegible] باداء الزكوة كان [illegible] الى الاداء [illegible] المامور به [illegible] لا الامر كان [illegible] سببا لوقوعها عن زكوة ولا يخفى ما فيه (قوله واذا اذن احد المتفاوضين للآخر ان يشتري جارية ليطأها ففعل) واذا اشتراها ودفع ثمنها من مال الشركة فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع اليه شريكه بنصف ما ادى لانه ادى دينا عليه من مال الشركة لان الملك فيها له خاصة كطعام اهله ولان الجارية دخلت في الشراء على الشركة جريا على موجب المفاوضة اذ لا يملكان تغييره فكان كما لو اشتراها بغير اذنه الا انه بالاذن تضمن هبة نصيبه منه اذ لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع الفاسد من البائع لاحد الشريكين لما بينا من عدم ملكهما تغيير مقتضى العقد ولان الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بانه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل للرجل احللت لك وطء هذه الامة تمليكا لها منه وهو منتف واجيب بالفرق بان الجارية المشتركة اقبل للتمليك للشريك لها من الجارية التي لا يملك لها المخاطب بالاحلال شقصا منها ولذا كان احد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبي واما من احق التملك كالاب والجد [illegible] غير محفوظة في تملك الجارية بالاحلال

كتاب الوقف

مناسبته للشركة ان كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة مستبقى في ملك الانسان وفي الوقف مخرج عنه [illegible] ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه فتفسيره لغة الحبس يقال وقفت اقف حبست قال عنترة ووقفت فيها ناقتي فكأنها فدن لاقضي حاجة المتلوم وهو احد ما جاء على فعلته ففعل متعديا ولازما وتميم تقول وقفت [illegible] او الدار وقفا واما اوقفته بالهمزة فلغة رديئة قال ابو الفتح بن جني اخبرني ابو علي الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس عن ابي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وارضي ولا يعرف اوقفت من كلام العرب ثم اشتهر المصدر اعني الوقف في الموقوف فقيل هذه الدار وقف فلذا جمع افعال فقيل وقف واوقاف كوقت واوقات واما شرعا فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها او صرف منفعتها الى من احب

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه

وشرطهما صحبه ما الا يحتى مالك عند غير الله تعالى الخ وهو انتظم بذا بيان حكمه وسياتي تمامه فلا حاجة لافراده ههنا ايضا وانما قلنا او صرف منتقيا لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لا بد في آخره من القربة لشرط التابيد وهو بذلك كالفقراء او مصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا ببر الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز واما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا واما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطى لمساكين المسلمين واهل الذمة وان خص في وقفه مساكين اهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على ان من اسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف فلا نعلم احدا من اهل المذهب تعقبه غير شارح ليس للطرسوسي شنع بانه جعل الكفر سببا للاستحقاق والاسلام سببا للحرمان وهذا البعد من الفقه فان شرائط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له ان يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله ان يخص صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع في كلهم قربة ولا شك ان التصدق على اهل الذمة قربة حتى جاز ان يدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا ان يدفع الى صنف دون صنف فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء ارايت لو وقف على فقراء اهل الذمة ولم يذكر غيرهم اليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولي الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم خلاف ابي حنيفة في الوصية فانه انما شرط ان يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو انكر فشهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضي عليه بالوقف ولو وقف على ان يحج به او يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم واما المرتد اذا وقف حال ردته ففي قول ابي حنيفة موقوف ان قتل على ردته او مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتحل دينا جاز منه ما يجيزه لاهل ذلك الدين اما المرتدة فابو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل واما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا في اي وجه كان ثم ارتد بطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان اعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف في وقف المرتد خلافا بين اصحابنا بناء على الخلاف في الذمي تزندق يهوديا او نصرانيا او مجوسيا قال بعضهم امره على اختياره واقرار الجزية عليه لاني ان اخذته بالرجوع فانما ارده من كفر الى كفر ولا اسئل ذلك وقال بعضهم لا اقره على الزندقة واما الصابئة وان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول اهل الكتاب صح منهم وقفهم ما يصح من اهل الذمة وجميع اهل الاهواء بعد كونهم من اهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم اهل الاسلام الا ترى الى قبول شهادتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم واما الخطابية فانما لم تقبل لانه قيل انه يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون بصدق المدعي اذا حلف انه محق ومن شروطه الملك وقت الوقف حتى لو غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها اليه او صالح على مال دفعه اليه لا يكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على انه هو الواقف اما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فاجازه جاز بشرط الحكم والتسليم او عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وكذا لو اوصى لرجل بارض فوقفها الموصى له بها في الحال ثم مات الموصي لا يكون وقفا وكذا

قال رحمه الله الوقف لغة هو الحبس يقال وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده

لو باع ارضا على انه بالخيار الى وقت كذا فوقفها المشتري ثم اسقط البائع الخيار لا يجوز الوقف وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وسيأتيك فروع اخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه ان لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر القاضي عليه بسفه او دين فوقف ارضا له لا يجوز لان الحجر لبيانه حبس عن ملكه ليصير لارباب الديون او لنفسه كذا اطلقها الخصاف فينبغي انه اذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع ان يصح على قول ابي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا واما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو اجر ارضا سنين فوقفها قبل مضيها لزم الوقف بشرطه ولا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن ارضه ثم وقفها قبل ان يفتكها لزم الوقف فلا يخرج عن الرهن بذلك لو اقامت سنين في يد المرتهن ثم افتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات احد المتواجرين تبطل وتصير وقفا واما شرطه الخاص فخروجه عن الملك عند ابي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به او ان يلحقه حكم به وعند ابي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا او دارا وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدا او مسلما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما الى متول واما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ لشروطه ولا باس ان نسوق شيئا من الالفاظ كارضي هذه صدقة او قال تصدقت بارضي هذه على المساكين لا يكون وقفا بل هذا نذر يوجب التصدق بعينها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه كمن عليه زكوة او كفارة فمات بلا ايصاء تورث عنه وموقوفة فقط لا يصح الا عند ابي يوسف فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان يفيد خصوص المصرف اعني الفقراء لزم كونه مؤبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ونحن نفتي بقوله ايضا لمكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول ابي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو كان موقوفة على الفقراء صح عند هلال ايضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة او حبس ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب ان يجيز كقوله موقوفة وكذا اذا قال السبيل ان تعارفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك والا يسئل فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه او قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها او بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان اراد الوقف فهي وقف او الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية لانه ادنى ما يثبت به عند الاحتمال اولى واعترضه في فتاوى الخاص بانه لا فرق بينهما وذكر في احدهما اذا لم يكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى ان كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان المنذور به اذا مات الناذر ولم يوص بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احدهما والا فلا شك ان في كل منهما اذا لم يكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وابو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند اهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس او محبوسة موقوفة لانه بمعنى موقوفة فكان كافراد لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمر او لا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام ما لكن كانه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي ان لا يدخل الثمر لما تذكر ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي ان لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجري الوقف على انها العبارة الوافية الا ان قوله في الاسرار لو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة

وهذا الملفوظ فى الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

من يجيز الوقت يفيد ان فيه خلافا ولا يخفى فان التابيد ان يجعل فى اول الامر او آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك قوله موقوفة لله تم بمنزلة صدقة موقوفة قوله قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به حاكم اى بمجرد وجه عن ملكه او يعلقه اى يعلق الوقف بموته فيقول اذا مت فقد وقفت دارى على كذا وقال ابو يوسف رح يزول بمجرد القول الذى قد مناصحة الوقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه وبعد ذلك القول وبه اخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند ابى حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة ولهذا حبس الا معنى له لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف الا مشيئة التصدق بمنفعته وله ان يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر فى المبسوط من قوله كان ابو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما اراد المصنف بقوله وهو الملفوظ فى الاصل يعنى المبسوط فيقول من اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند ابى حنيفة رح لا يجوز صحيح لانه ظاهره لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن له اثر زائد على كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قول لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التى ذكر عنه انها احكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فابو حنيفة لا يجيز الوقف اى لا يثبت الاحكام التى ذكرت له الا ان يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان اخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لمنافعه فرع يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصى بغلة هذه الدار للمساكين ابدا او لفلان وبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت دارى على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة سوى الى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لان ملك الله تعالى فى الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضى خان الا ان عند ابى يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا الى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الاصح عند الشافعى واحمد وقال بعضهم وللشافعى قول وهو رواية عن احمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لا تمتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعى واحمد لانه ثم قال حبس الاصل هو تسبيل الثمرة انتهى وهذا احسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت فى كل من القولين وهو خروجه لا الى مالك وثبوت ملكه او ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير فى الشرع فهو من الاول المسجد وغيره ومن الثانى ام الولد المملوكة فيها باق ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما ممكن ان يتبع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقى على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذى فى الحديث فى بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والا لخروج الى ما آخر ثم رأينا غير بينة لقوله ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها اى بالثمرة او الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص وليس يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذى استدل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله عليه الصلوة والسلام لعمر تصدق وقوله حبس المفهومان مختلفان لان معنى تصدق باصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس احبسه على ما كان ولا يمكن ان يراد بهما الا معنى احدهما اذ الا من الثلاثة بملك الفقير للعين فوجب ان يحمل تصدق على معنى حبس هو قول ابى حنيفة رح فيحبس على ملك شرعا واذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي عليه السلام لعمر رض حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس

حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده ان يسلمه الى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبطله قاض قبل ان يحكم به يكتب في صك وقفه فان ابطله او غيره قاض فهذه الارض باصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يتجاسر احد في ابطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا ابطله قاض يصير وصية تعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضي خان وينبغي ان يكون هذا اذا وقف في صحته اما اذا وقف في مرضه فينبغي ان تعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في النقض وبيعه فائدة للورثة فمحمل ما ذكر لما لم يكن وقف في المرض او كان فيه لكنه يخرج من الثلث **قوله** واللفظ ينتظمهما اي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضياته لفظ وقفت داري او حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما والترجيح اي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة من قبلهما انما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك ومن قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم استدل بدليلها فذكر حديث ثمغ وهو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين بلا تنوين للعلمية والتانيث وفي غاية البيان انها في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منونا وغير منون كما في زعمه قال محمد بن الحسن في الاصل اخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب كانت له ارض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا فقال يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس فاتصدق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف وللمساكين وابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبت ارضا لم اصب مالا قط انفس منه فكيف تامرني به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلوة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد اشار الشرع الى اعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له ولا طريق الى تحقيق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرير المعنى انه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه وامكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا الى تحقيقه بل يتحقق بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك عن هذا المنفي فالقدح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على التقرير يحصل مطلوبه الا انه اذا ثبتت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما الى ذلك لاعتقاد الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن ملكه بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق ويستجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف **قوله** ولابي حنيفة رح قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله اسند الطحاوي في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس رض قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما انزلت سورة النساء وانزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن لهيعة عن اخيه وضعفوهما ورواه ابن ابي شيبة موقوفا على علي ثنا هشيم عن اسمعيل بن ابي خالد عن الشعبي قال قال علي رض لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من كراع او سلاح وينبغي ان يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا سماعا والانقطاع بين الشعبي وعلي فان الشعبي ادرك عليا ورؤيته عنه في البخاري ثابتة واما حديث

وكان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضي قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشائخ

شريح فرواه ابن ابي شيبة في البيوع ثنا وكيع وابن ابي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس واخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل **قوله** ولان الملك الخ ظاهره مصادرة لجعل الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف و تعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما ان يكون ذلك لمالك لغير الواقف اوله واتفقنا على انه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب ان يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا ان يوجب موجب لا مرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير المالك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله ان المسجد جعل لله على الخلوص محرزا عن ان يملك العباد فيه شيئا غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق اجمعين اصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع به العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما الحق المسجد بها وايضا قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن لو قف ان يكون ملكه باقيا اذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة ان الآدمي خلق بالكلية غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتملك فبالوقف لا تعود الى اصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن ابا حنيفة رضي يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة او برا وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من ام الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلوة والسلام لا يباع ولا يورث الخ وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الائمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك اولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة ابي بكر رض ثم عمر رض وعثمان رض وعلي رض والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة واسماء اختها وام سلمة وام حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن ابي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر ابي اروى الدوسي وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كل ذلك بروايات وتوارث الناس اجمعون ذلك فلا يعارض بمثل هذا الحديث الذي ذكره على ان معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد ان يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشائخ ان الفتوى على قولهما **قوله** واما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلته اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله ان يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط وكذا اذا قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت ارضي الخ فمات لم تصر وقفا وله ان يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رح في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا ايضا عند ابي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي ثم وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية يصح الرجوع عنها اما لو قال ان قدم ولدي فعلي ان اقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء

ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لابد من التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة

فان وقفه على ولده وغيره ما لا يجوز دفع زكاته اليهم جاز في الحكم ونذره باق وان وقفه على غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة النفس وتعيين المصرف للناذر ونقصانا الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغي ان لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب ان يتخذ الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال او من اموالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شفيت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق الا لو قال شئت وجعلتها صدقة مع هذا الكلام المتصل بخلافه ولو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على امر كائن والتعليق على امر كائن تنجيز والمراد بالحاكم المعني في قوله او يحكم به حاكم القاضي فاما الحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فللقاضي ان يبطل الوقف بعد حكمه **قوله** ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو كالوصية بعد موته حتى يلزم بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يحكم به فيه فيبيعه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا انه تحجر الورثة وعندهما يلزم الا انه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضي خان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كما لو وقف دارا ثم جار الشفيع كان له ان ياخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه ارباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته **قوله** واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة وقول اكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد له من التسليم الى المتولي لان الوقف ان يجعله لله فيصير حقا له وحقه انما يثبت مسلما في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالى والتمليك منه وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة المنجزة ولا يخفى ان التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لانه تحصيل الحاصل المستمر ثم لا يعقل باعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لان غاية ما يوجبه الدليل ما خروج الملك عن الواقف لا الى احد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه او توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج عن عهدة الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن ان يلاحظ التسليم الى المستحق تسليما اليه تعالى كانه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولي كالزكوة ويمكن ان لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود ليس الا ما وجب بالعقد فلهذا كان قول ابي يوسف اوجه عند المحققين وفي المنية الفتوى على قول ابي يوسف وهذا على قول مشائخ بلخ واما البخاريون فاخذوا بقول محمد كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي ابو عاصم يقول قول ابي يوسف من حيث المعنى اقوى الا انه قال قول محمد اقرب الى موافقة الآثار يعني ما روي عن عمر رضي الله عنه جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك وردد في المبسوط بانه لا يلزم كونه فعله التسليم الوقف بل لشغله وخوف التقصير في امره وكذا جميع من نصب المتولين لا لخطر لغير تفريغ نفسه عن امره واما قول محمد رحمه الله لو تم قبل المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكائن في يد سيده المعتق له والناذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها توجب عليه اخراج احدهما من يده وهذه امور شرعية لا عقلية ومما بني على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده واخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولو لم يشترط ذلك لنفسه واخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصي فلا ولاية لوصيه والولاية للقيم ولو اراد الواقف ان يعزل القيم ويرده لنفسه او يولي غيره ليس له ذلك قال ابو يوسف الولاية للواقف وله ان يعزل القيم في حياته ويولي غيره او يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم

قال: وإذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ وإذا استحق مكان قوله وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه. قال رضي الله عنه: وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره. **قال**: ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته، وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به، وهذا فيما يحتمل القسمة، فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رحمه الله أيضا لأنه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة، إلا في المسجد والمقبرة فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل أيضا عند أبي يوسف لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولأن المهايأة فيهما في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ إصطبلا في وقت، بخلاف الوقف لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة.

إلى القيم فلا يكون للواقف ولاية، وعند أبي يوسف بدون التسليم إلى القيم يتم الوقف فإذا سلم إلى القيم كان وكيله فله أن يعزله وينعزل بموته إلا إذا جعله قيما في حياته وبعد موته، وكذا الفتوى عليه أنه لو قال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها إلى قيم المسجد. **قوله** وإذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه وهذا مذهب عامة علماء الأمصار إلا في قول عن الشافعي وأحمد أنه يدخل في ملك الموقوف عليه إذا كان أهلا للملك إلا أنه لا يباع ولا يتملك، والمختار الأول لأنه لو دخل في ملكهم لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لأنه لا ملك له فيه لكنه ينتقل بالإجماع حتى يصح قوله ثم من بعد فلان على كذا. ثم قال المصنف وقوله أي القدوري خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما لأن الصحة غير اللزوم وهو لم يقل إذا لزم خرج من ذلك الواقف ليكون على قول الكل بل قال وإذا صح، وصحة العقد لا تستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف أحكام العقود فقد يكون مقتضى حكمه اللزوم كالبيع والإجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر أنه تجوز بالصحة عن اللزوم. **قوله** ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز، والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط التسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع لأن القسمة من تمام القبض ولا بد من القبض فوجب وعند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه، فمن أخذ بقول أبي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ أخذوا بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في ذلك وهم مشايخ بخارا أخذوا بقوله في وقف المشاع. وأما إلحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة المنفذة أي المنجزة في الحال فإنهما لا يكونان مشاعا فإنما الصدقة المستمرة. وفرق أبو يوسف بأن اشتراط القبض في الهبة لما فيهما من التمليك للغير وأما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه وإنما هو إسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه. والحاصل أن المشاع إما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها، ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه إلا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا، وفيما لا يحتملها اتفقوا على إجازة وقفه إلا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي سواء كان مما لا يحتمل القسمة أو يحتملها، والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترط أبو يوسف جاز وقفه ولما شرط محمد منعه لأن الشيوع وإن لم يمنع من التسليم والقبض ألا ترى أن الشائع كان مقبوضا للمالك قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله عند إمكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فإنه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وإنما أسقطنا اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لا يحتملها لأنه لو قسم بين الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقيق التسليم في جملته وإنما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لأن الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولأن جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يحتاج فيه إلى التهايؤ والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستقبح وهو أن يكون المكان مسجدا سنة وإصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما أو مسناة عاما، وأما النبش فليس بلازم من المهايأة بل ليس [illegible] ذلك. ثم فيما يحتمل القسمة إذا قضى القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله ويتهايؤون، وعندهما يقسم، وأجمعوا أن الكل لو كان وقفا على الأرباب وأرادوا القسمة لا يجوز، وكذا التهايؤ. وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو ولده ونسله ما تناسلوا وإذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فإن هذا الوقف جائز على هذا الشرط، فإذا انقرضوا أكريت ووضعت غلتها للمساكين، وليس لأحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكريها، ولو زادت على قدر حاجة سكناه فنعم له الإعارة لا غير، ولو كثر أولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم إلا السكنى بالقسط على عددهم، ولو كانوا ذكورا وإناثا إن كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور أن يسكنوا نساءهم معهم وللإناث أن يسكن أزواجهن معهن، وإن لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن يقسم بينهم ولا يقع فيها مهايأة إنما سكناها لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم، ومن هذا عرف أنه لو سكن بعضهم فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لا يستوجب أجرة

ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة **قال** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رحمه الله اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص

حصته على المساكين بل ان احب ان يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة او زوج ان كان لاحدهم ذلك الا ترك للتصنيف وخرج او جلسوا ساكنا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح والفرع في اوقاف الخصاف ولم يخالفه احد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو اقتسما اعني الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء او قبله على قول ابي يوسف ره فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف وليس عليه ان يقفه ثانيا **قوله** ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه يعني شائعا بطل الوقف عند محمد ره لان الاستحقاق ظهر ان الشيوع كان مقارنا للوقف كما في الهبة اذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طارئ واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف ان يبيع ذلك ليشتري بثمنه ما يجعله وقفا ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء ان يقف ذلك الباقي فقط وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق المعين لا تبطل ولو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها الى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر ان ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان كلا منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة الا ترى انه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة ايضا لا تجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لان قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا فكذا قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع **قوله** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال ان يخرب الموقوف عليه وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف ره على قول ابي يوسف لقوله ان موجب الوقف يعني بعد التسليم الى المتولي عند محمد ره وبعد الحكم عند ابي حنيفة رح زوال الملك بلا تمليك وزواله لم يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا فانه انما يلزمه لو قال بجواز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع ملكه للجهة او الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صارت للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف ثانيا عنه حيث قال وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان ابا يوسف رض لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة ينبئ عنه لما بينا انه ازالة الملك كالعتق وعندهما يشترط قال المصنف هذا هو الصحيح عند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذه صدقة بالمنفعة ان كان وقف السكنى وبالغلة ان لم يكن السكنى وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فمطلقه لا ينصرف الى المؤبد بعينه فلا بد من التنصيص وكان الاولى ان يولي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلها الاول واما الوجه الاول فانما يتم على الرواية عن ابي يوسف بان بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف او ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عن ابي يوسف فمنها ما في المبسوط انه اذا تصدق على امهات اولاده في حياته وجعل لمن السكنى بعد وفاته واي امرأة تزوجت منهن وخرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لمن في الغلة الا ان قال فان لم يبق منهن كان ميراثا على فرائض الله عند ابي يوسف لما بينا انه توسع في امر الوقف فلا يشترط التأبيد فاشتراط العود الى الورثة عنده اول حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه

عنده فاما عند محمد فالتابيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا ان يحمل ذلك وصية بعد موته فيجوز كالوصية للسكنى لمعلوم داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزم ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن ابي يوسف اذا وقفها على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى ولذا عرف عن ابي يوسف من جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق اصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان واما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت او خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها او مات او عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها باحد هذه الصفات فلا يعود الا ان نص على ذلك فيقول فان عادت او فارقت عاد ما كان لها **قوله** ويجوز وقف العقار وهو الارض مبنية كانت او غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون موقوفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضي خان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف للاستقلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل او لا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف ايضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة مفهومه بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا يدخل الزروع كلها الا ما كان له اصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجرة تقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض اصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وملقى سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل ماء في ارض مملوكة او طريق وقوله لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقفوه قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا واسانيدها مذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضي الله عنه واخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن ابيه ان الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف دارا على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفاقدة لسبب مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا جعلها لابن السبيل صدقة واخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي انه كان يقول انا ابن سبع الاسلام اسلم ابي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام واسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب فسميت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر ان نسخة صدقته بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى ان قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق ابو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر رضي الله عنه بربعه وتصدق سعد بن ابي وقاص بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه برومة فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على ابي حنيفة في عدم اجازة الوقف **فرع** اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغنى لشهرتها عن تحديدها **فرع** آخر وقف عقارا على مسجد او مدرسة هيأ مكانا لبنائها قبل ان يبنيها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز ويصرف غلتها الى الفقراء الى ان تبنى فاذا بنيت ردت اليها الغلة اخذا من الوقف على اولاد فلان ولا اولاد له حكموا بالصحة وتصرف غلته الى الفقراء الى

ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رحمه الله يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رحمه الله معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا وافراسا له في سبيل الله تعالى وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها

(قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كذا قال القدوري قال المصنف وهذا على الارسال اي على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله ثم قال القدوري وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز والاكرة الحراثون وكذا سائر آلات الحراثة اذا كانت تبعا للارض يجوز لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود منها وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كبيع الشرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وكذا الكثير يستغني عن العبد ولو عرض لبعضهم تعطل عن العمل ان كان لكبر او نحوه جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها والا فالنفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه آخر يعمل كما لو قتل فاخذ ديته عليه ان يشتري بها آخر ولو جنى احدهم جناية فعلى القيم ان ينظر ان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه او فداه من مال الوقف واذا فداه بالفدية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والفداء شيء فان فدوه كانوا متطوعين ومحمد مع ابي يوسف يعني فلا معنى لافراد ابي يوسف لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده اي عند محمد فتجويزه تبعا للعقار اولى وضمير لانه للشان اما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فانه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف قال محمد يجوز حبس الكراع وهي الخيل والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه ايضا في ذلك على ما قالوا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل من شرط التابيد والمنقول لا يتابد وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه اي في الكراع والسلاح منها قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين عن ابي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه الله واما خالد فانكم تظلمون خالدا وقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله واما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي علي ومثلها ثم قال ما شعرت ان عم الرجل صنو ابيه اما ما ذكر المصنف من ان طلحة حبس دروعه وفي رواية ادراعه فلم يعهد وان لم يعرف جمعه على اكراع لان فعالا لا يجمع على افعال بل على افعل كعقاب واعقب انما ذكره في الصحاح صفة جمع قال والجمع اكرع ثم اكارع الا ان الطبراني اخرج عن ابن المبارك ثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن ابي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد رضي الله عنه الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا ان اموت على فراشي وما من عملي ارجى من لا اله الا الله وانا متترس بها ثم قال اذا انا مت فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عملي شيء ارجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها وانا متترس والسماء تهلني ننتظر الصبح حتى نغير على الكفار واذا عرف هذا فالابل تدخل في الخيل بالدلالة لان العرب يغزون عليها مع انه روي ان ام معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني اريد الحج افاركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فان الحج والعمرة في سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز واما وقفه مقصودا ان كان كراعا او سلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والفاس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي فتاوى قاضي خان وقف بناء بدون ارض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف ما يفيد ان الارض اذا كانت متقررة للاحتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء دار له دون الارض انه لا يجوز قيل له فما تقول في حوانيت السوق ان وقف رجل حانوتا منها قال ان كانت الارض اجارة في ايدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف جائز لانا رأيناها في ايدي اصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم وانما له غلة ياخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في ايديهم يتبايعونها ويؤاجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويبنون غيره فكذلك الوقف فيها جائز ان ما كان مثل ذلك جاز وقف البناء فيه والا فلا وذكر في موضع آخر من فتاوى قاضي خان ان ذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون ميراثا ثم ذكر انه

وعن محمد رحمه الله انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه الله وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

انما خص البناء بذلك لان العادة ان يتخذ على حبستي النهر العام يعني وذلك غير مملوك له ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون اصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في ارض هي عارية او اجارة وان كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء في ارض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى واطلاق الاجازة يعارض قول الخصاف في اراضي الحكور اللهم الا ان يحمل تخصيصها بسبب انها صارت كالاملاك على ما ذكره وسمعته وفي الخلاصة اذا وقف مصحفا على اهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر لا يكون مقصورا على هذا المسجد واما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه نأخذ وجه قول ابي يوسف ان القياس يأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعلى قول محمد اكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كلما امكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك واحمد ايضا واما وقف ما لا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة والماكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي واما الحلي فيصح وقفه عند احمد والشافعي لان حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا بعشرين الفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكوته وعن احمد لا يصح وقفه وانكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وحاصل معارضة المصر بان حكم الوقف الشرعي التأبيد ولا يتأبد غير العقار غير انه ترك في الجهاد لانه سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يلزم من شرعيته الوقف فيهما شرعيته فيما دونهما ولا يلحق دلالة ايضا لانه ليس في معناهما واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشائخ اشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف بقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في اوقافهم رجوت ان يكون جائزا وعن الانصاري وكان من اصحاب زفر فيمن وقف الدراهم والطعام او ما يكال او ما يوزن يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال او ما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة او بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط ان يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء ابدا على هذا السبيل يجب ان يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند واكسية واسترة الموتى اذا وقفت صدقة ابدا جاز فتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها في اوقات لبسها ولو وقف ثورا لانزاء بقرهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على ان يمسكه ما دام حيا ان امسكه للجهاد له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان الجاعل فرس السبيل ان يجاهد عليه وان اراد ان ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك ويصح جعله للسبيل يعني ويبطل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى النفقة فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه المسئلة دليل على ان المسجد اذا احتاج الى نفقة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه انتهى وهذا عندي غير صحيح لانه يعود النقض الذي لاجله استثنى ابو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو ان يتخذ مسجدا للصلاة فيه عاما واصطبلا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤجر لغير ذلك فيقول غاية ما يكون السكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه واقامة الخائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير احكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير احكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد خلافا لابي يوسف اما ان لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة ايضا يجوز وقف الغلمان والجواري على

قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعا عند أبي يوسف رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته. أما امتناع التمليك فلما بينا، وأما جواز القسمة فلأنها تمييز وإفراز، غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا. ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف، وبعد الموت إلى وصيه، وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِما ومقاسَما. ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أَعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف، وإن أعطى الواقفُ جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

مصالح الرباط، وإذا زوج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز، ولو زوج عبد الوقف لا يجوز، والفرق ظاهر وهو أن في الأول اكتسابا للوقف دون الثاني، ولهذا لو زوج أمة الوقف من عبد الوقف لا يجوز. ومن **فروع** الوقف المنقول: وقف دارا فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات الأهلية، قال الفقيه: هو كوقف الضيعة مع الثيران. وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمرها، قال: الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع بأصلها إلا أن تفسد أغصانها، فإن لم تنتفع بأوراقها وثمرها فإنها تقطع ويصرف ثمنها إلى سبيله، فإن نبتت ثانيا والأرض مكانها. وسئل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف ييبس بعضها وبقي بعضها، فقال: ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها، وما بقي متروك على حالها. **قوله** وإذا صح الوقف أي لزم، وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف خرج من ملك الواقف. ثم قوله لم يجز بيعه ولا تمليكه هو بإجماع الفقهاء إلا أن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند أبي يوسف فتصح مقاسمته. أما امتناع التمليك فلما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب، ومن المعنى وهو أن الحاجة ماسة إلخ، ولأنه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا تمكن من البيع. وأما جواز القسمة أي عندهما، فإن على قول أبي حنيفة لا يجوز وإن قضى القاضي بصحة وقف المشاع لأنها مبادلة، ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات، فلأنها تمييز معنى وإفراز، غاية الأمر أن الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا. ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية للواقف عند أبي يوسف، ووقف المشاع إنما يجوز على قوله، ولو طلب الشريك القسمة بعد موته فالقسمة إلى وصيه. وإن وقف نصف عقار خالص له فللقسمة طريقان: أحدهما أن يقاسمه القاضي بأن يرفع الأمر إليه ويطلب منه القسمة فيأمر رجلا أن يقاسمه، الثاني أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه إن أحب، هذا لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسِما ومقاسَما. ولو كان في القسمة فضل دراهم بأن يكون أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بإزاء الجودة دراهم، فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان النصف الذي هو غير الوقف هو الأحسن لا يجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف، وبيع بعض الوقف لا يجوز، وإن كان الآخذ شريكه بأن كان نصيب الوقف أحسن جاز لأن الواقف مشتر لا بائع، فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه. فقوله إن أعطى الواقف لا يجوز يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف، ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لأن المعنى فيهما أنه أخذ الدراهم. واعلم أن عدم جواز البيع في غير القسمة فيما إذا كان قائما عامرا، أما إذا انهدم ولا حاصل يعمر به فيجوز لأنه رجع إلى ملك الواقف إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا. وقال الصدر الشهيد: في جنس هذه المسائل نظر، يعني لأن الوقف بعدما خرج إلى الله تعالى لا يعود إلى ملك الواقف، وأنت تعلم أن قول محمد برجوعه إلى ملك الواقف أولى من قوله في المسجد لأن خلوصه لله أقوى من غيره من الأوقاف، ولأن ذلك بشرط الفائدة وتحقق انتفائها إذا لم يكن له ريع ليعاد به ولا يوجد من يستأجره فيعمره، من فرع ذلك: حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة، وحوض محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته، فهو للواقف ولورثته، وإن كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة، كذا في الخلاصة. زاد في فتاوى القاضي: إن ذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه، وعلى هذا فإنما يصير لبيت المال إذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه. ويروى عن محمد إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا. وأما قول طائفة من المشايخ فيما إذا غلب المتولي على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه، قال في النوازل: يبيعها ويتصدق بثمنها، قال: وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك. قالوا: والفتوى على خلافه لأن الوقف بعدما صح بشرائطه لا يحتمل البيع، وهذا هو الصحيح، حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار

قال والواجب أن يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بها ثم إن كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لأنه معين يمكن مطالبته وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة **قال** فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الوقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك

بل تكرى الدار ويستعان بغلتها على العمارة ثم إذا جاز بيع الأشجار الموقوفة لا يجوز قبل القلع بل بعده بكذا عن الفضلي في الأشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لأنها هي الغلة بناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقطع كالمثمرة كذا قيل والوجه يقتضي إذا تعين البيع كونه قبل الهدم وفعالزيادة مؤنة الهدم إلا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره إذا استغنوا عنه

قوله والواجب أن يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك ولم يشترط لأن الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك بصرف الغلة مؤبدا ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لأداء العشر والخراج والبذر وأرزاق الولاة عليها والعملة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لأن حصول منفعتها في كل وقت لا يتيسر إلا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأئمة وذلك وإن كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه إلى قسمة جميع الغلة فإذا شرط ذلك في صكه يقع الأمن بالشرط قال المصنف ولأن الخراج بالضمان أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي كون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن أبي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى أنه يرد العبد على البائع بالعيب فيرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وإنما طابت لأنه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لأنه في يده انتهى ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالخراج للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم في معناه الغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله وصار أي عمارة الوقف كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها تكون على الموصى له بها **قوله** ثم إن كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم فلا يتيسر أن يلزموا العمارة لعدم اجتماعهم ولعسرتهم وأقرب أموالهم هذه الغلة الكائنة للوقف فتجب العمارة فيها **قوله** وإن كان الوقف على رجل بعينه أو رجال وآخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته فإذا مات فمن الغلة ولم تؤخذ من الغلة عينا لأنه رجل متعين يمكن مطالبته ثم هو يعطي إن شاء من الغلة وإن شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه إنما هي بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها أما الزيادة فليست بمستحقة فلا تصرف في العمارة إلا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض أي لا يزاد على الصفة التي كان عليها وعند آخرين يجوز ذلك أي الزيادة والأول أصح لأنه صرف حق الفقراء إلى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة إذا احتيج إليها وتقطع الجهات الموقوف عليها لها إلا إن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل فيأخذ قدر أجرته وإن لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الإمام فخر الدين قاضي خان وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم وأصحاب هذه الطاحونة يقتسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لأن القيم لا يأخذ ما يأخذ إلا بطريق الأجر فلا يستوجب الأجر بلا عمل انتهى فهذا عندنا فيمن لم يشترط له الواقف أما إذا اشترط كان من جملة الموقوف عليهم **قوله** فإن وقف دارا على سكنى ولده أو غير ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الوقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول وهو العمارة أولى من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لأن الجمع بين المصلحتين أولى من إبطال أحدهما ولا يجبر الممتنع عن العمارة لما فيه من إلزام الضرر بإتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر فيما إذا اعتقد عقد المزارعة وبيانه من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك

قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم **قال واذا جعل الواقف غلة الوقف** لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف رحمه الله ولا يجوز على قياس قول محمد رحمه الله وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي رحمه الله وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه

ثم لا يكون استئجاره رضى منه ببطلان حقه لان المتعاقد في حيز التردد ويعني دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه مترددا فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة لو عدمه اصلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه وانما قال اجره الحاكم لانه لا تصح اجارة من له السكنى وعلله بقوله لانه غير مالك وفي تقريره نظر لان آخر كلامه انه ليس بمالك للمنفعة بل ابيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان الموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها الا ملكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكر فالاولى ان يقال لانه مالك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك اكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذي قبله يفيدان لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة ايضا ليس ان يؤاجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل مالكه من المنافع بلا بدل ونقل الاستروشني انه يرى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك الاجارة المتولي او القاضي ونقل عن الفقيه ابي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يسترم تجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه ان يؤاجر وان لم يشترط ذلك فيجب ان يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستأجرها لم ار حكمه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدي الى ان تصير نقضا على الارض كوما تسفوه الرياح وخطر لي انه يخيره القاضي بين ان يعمرها فيستوفي منفعتها وبين ان يردها الى ورثة الواقف والله اعلم **قوله** وما انهدم من بناء الوقف وآلته وهو الحجر كالخشب والقصب قد نص عليها على ما صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج اليه وانت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا لا يخل بالانتفاع بالوقف ولا يقرب من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى يكثر وتجب العمارة وان تعذرت اعادته بان خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسمه بين مستحقي الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم في الغلة فقط واعلم ان عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف اما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا لان في صيرورته وقفا خلافا والمختار انه لا يكون وقفا فللقيم ان يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت **قوله** واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف فهذان فصلان ذكرهما القدوري شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف وهو قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والزهري ومن اصحاب الشافعي ابن سريج ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرأي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري وانما نسب الى الرأي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من اصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة وقيل ان هلالا اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي في المغرب هو تحريف بل هو الرأي بتشديد الا لانه من البصرة لا من الري والرازي نسبة الى الري كذا صح في مسند ابي حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقراء او بعضها وبعده للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض الى قبض المتولي فلما شرطه محمد منع اشتراط

ولابي يوسف رحمه ما روي ان النبي عليه السلام كان ياكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا تحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي التصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

الغلة لنفسه لا نزاع لانه ينقطع حقه عنه ولا اشتراط التنقل ولا ينقطع حقه فلما لم يشترطه ابو يوسف لم يمنعه وقيل مسئلة مبتداة غير مبنية وهو اوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات اولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد رحمه بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولامهات اولاده حيث يجوز مع ان شرطه لهن ولمدبريه كشرطه لنفسه بان حريتهم تثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حالة حيوته تبعا لما بعد موته كما قال ابو حنيفة في اصل الوقف اذا قال في حيوتي وبعد وفاتي يلزم اما لو وقف على عبيده وامائه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند ابي يوسف كشرطه لنفسه وجه قول محمد رحمه ان الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة او للسكنى فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لانه التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بان تصدق على فقير بمال وسلمه اليه على ان يكون بعضه لي لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن مملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة وكشرط البعض لبقعة المسجد لنفسه مبتدأ ولابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فان الاجماع على ان الواقف اذا لم يشترط لنفسه الاكل منها لا يحل له ان ياكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا ان في مصنف ابن ابي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه الم تر ان حجرا المدري اخبرني ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم ياكل منها اهلها بالمعروف غير المنكر ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لا انه جعل ملك نفسه لنفسه كذا قرره المصنف على ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ينبغي ان يقرر بهذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لا الى مالك ابتغاء مرضات الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك كما اذا بنى خانا او شرط ان ينزل فيه او سقاية وشرط ان يشرب منها او مقبرة وشرط ان يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة روي معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجة من حديث المقدام بن معدي كرب عنه عم قال ما من كسب الرجل كسب اطيب من عمل يده وما انفق الرجل على نفسه واهله وولده وخادمه فهو له صدقة واخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ ما اطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث واخرج ابن حبان في صحيحه عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل كسب مالا حلالا فاطعمه نفسه او كساها فمن دونه من خلق الله فان له به زكوة ورواه الحاكم الا انه قال فانه له زكوة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه واخرجه الحاكم ايضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما انفق الرجل على نفسه واهله فهو له صدقة وما وقى به عرضه فهو صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى به عرضه قال ان يعطي الشاعر وذا اللسان المتقي وقال صحيح الاسناد واخرج الطبراني عن ابي امامة عنه عم قال من انفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن انفق على امرأته واهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر انه عم قال للرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلاهلك الحديث فقد ترجح قول ابي يوسف قال الصدر الشهيد الفتوى على قول ابي يوسف ونحن ايضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشائخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث اخر وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على ان يقضي دينه من غلته وكذا لو قال اذا حدث علي الموت وعلي دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاف اذا شرط ان ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم

ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد رح الوقف جائز والشرط باطل

قيل ان ينفق ذلك بل يكون في ذلك لورثته او لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل في ذلك كان له فقد عرف ان شرط البعض لنفسه لا يلزم كونه بعينه معينا كالنصف والربع وكذلك لو قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف لنفسه اخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من كل عشرة اسهم سهما سهم يجعل في الحج عنه او في كفارات ايمانه في كذا وكذا او سمى شيئا او قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا كذا درهما يصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي الى كذا وكذا على ما سبيله **قوله** ولو شرط الواقف ان يستبدل بها ارضا اخرى تكون وقفا مكانها فهو جائز عند ابي يوسف وهلال والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها اخرى مكانها وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة ان يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا ان يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا ان ينص له بذلك على وزان هذا لو شرط لنفسه ان ينقص من المعاليم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمه الا ان يجعل له واذا ادخل واخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرط ولو شرط للقيم ولم يشترط لنفسه كان له ان يستبدل بنفسه لان افادة الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد بشرط الاستبدال للقيم بحيوة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضي خان قول هلال وابي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف اذا غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها ارضا اخرى فتكون وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض اخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان ياذن في بيعها اذا راه انظر لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التابيد بل هو تابيد معنى ولا ينال حكم الوقف اذ صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لان القول بحكمه كذلك على وجه ينفذ فيه شرطه الذي شرطه في اصل الوقف اذا لم يخالف الشرع وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الائمة ذكر مسئلة ثم قال وبهذا تبين خطا من يجوز استبدال الوقف وكذا عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد ان كان يفتي به لا يوجب بيعه مع قيام وجه غيره ولو اريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان احسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة الكتاب او لا عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضي خان وان كان لا لذلك بل اتفق انه امكن ان يوخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة اخرى ولانه لا موجب لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيه على ما كان ولعل محمل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في رواية عن ابي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب ابي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضي خان اجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال اما بلا شرط اشار في السير الى انه لا يملكه الا باذن القاضي ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال بنفسه اذا شرطه وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في اصل الاستبدال ذلك والا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا ان محمل ما ذكرناه عن الانصاري ما اذا لم يشترطه لنفسه ثم اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على ان يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم ان يوصي بالاستبدال الى من يوصي اليه عند موته بالوقف ومن **فروع** الاستبدال لو قال على ان ابيعها بالقليل والكثير او على ان ابيعها واشتري بثمنها عبدا فعن هلال على فساد الوقف كانه قال على ان ابطلها ولو اقتصر على ان ابيعها واشتري بثمنها ارضا جاز استحسانا ولو قال على ان استبدل ارضا اخرى ليس له ان يجعل البدل دارا وكذا على العكس ولو كان ارض من البصرة ليس له ان يستبدل ارضا غير بها لان

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد رح الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

الا ان يكون قد تخلف في جودة الارض وينبغي ان كانت احسن ان يجوز لانه خلاف الى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئا استبدل ما شاء من العقار مسئلة
ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا لو استهلكه اما لو ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى
بالثمن عوضا اما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول ابي حنيفة ومنعه ابو يوسف اما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة
اتفاقا ولو باعه بعرض ففي قياس قول ابي حنيفة يصح وقال ابو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنقد وبارض تكون وقفا مكانها واذا باع الوقف ثم عادت اليه
بما هو فسخ من كل وجه كان له ان يبيعها ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لانها صارت وقفا كانه اشترى غيرها الا ان يكون عمم لنفسه الاستبدال او ردت
بعيب بقضاء او بغير قضاء بعد القبض او قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا اذا قال المشتري قبل القبض ولو بعده فله ان يبيع بالاخرى ما شاء ولو استحقت الاولى في القياس تبقى الثانية
وقفا وفي الاستحسان لا لان الثانية كانت وقفا بدلا عن الاولى وبالاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ولو شرطه
لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو اوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لان في الوكالة وهو حي لو تمكن خلل امكنه الاستدراك بخلاف الوصي ولو شرط
الاستبدال لنفسه مع آخر على ان يستبدلا معا فتفرد ذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد الواقف جاز لانه هو الذي شرطه لذلك ما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب
قاضيا ببلدين كل قيما كان للكل ان يتصرف وحده ولو ان احد هذين القاضيين اراد ان يعزل الذي اقامه القاضي الآخر قال ان رأى المصلحة
في ذلك كان له عزله والا فلا **قوله** ولو شرط اي الواقف الخيار لنفسه ثلاثة ايام بان قال وقفت داري هذه على كذا على اني بالخيار ثلاثة ايام جاز الوقف
والشرط عند ابي يوسف وقال محمد رح الوقف باطل وهو قول الشافعي واحمد رح وهلال قال المص وهذا بناء على ما ذكرنا يريد الاصل المختلف فيه اعني شرط التسليم
فان محمدا لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف ولا شك ان شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض واما ابو يوسف فلما لم يشترط
تمام القبض مشى قول ابتنى عليه جواز شرط الخيار وروى عن ابي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد السمتي لان الوقف كالاعتاق
في انه ازالة الملك لا الى مالك ولو اعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا وكذا اتفقوا على ان شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ونحو ذلك
قال المصنف والى على قول محمد ينبغي ان يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع لا الجواز
شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالاكراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلوة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق
فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في اصل الوقف تم له هذا وقد بينا ما فيه وتقييد الخيار بثلاثة ايام ليس قيدا بل ان يكون معلوما
حتى لو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روي عن ابي يوسف انه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت
رد الوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو ابطل الخيار قبل الثلث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التأبيد فكان شرط الخيار
في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرط اكثر من ثلاثة ايام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب
العقد فاذا اسقطه قبل الثلث جاز ذكره في فتاوى قاضي خان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف ارضا على رجل على ان يقرضه
دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيخان ايضا قال الفقيه ابو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف
ولو اشترى ارضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لا يكون للوقف بل له ان يصنع به ما شاء **فروع** اشترى ارضا على انه بالخيار
فوقفها ثم اسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم اسقط البائع الخيار لا يكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الارض

وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضاً وهو ظاهر المذهب ذكر هلال في وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظراً للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل **فصل**

قوله ثم قبضها كذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها ثم قبضها كذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي وكذا لو وقفها لا يصح الوقف قبل قبضها ثم قبضها

وأما فصل الولاية فقد نص فيه المصنف على قول أبي يوسف حيث قال ولو جعل الولاية إليه جاز على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضاً قال المصنف وهو ظاهر المذهب ذكر هلال في وقفه فقال وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه فهذا يدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به ولذا أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب اهـ وورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت له ولاية وإن شرطها لنفسه لأنه ينافي هذا الشرط وجمع بين أحدهما أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها إلى المتولي فإن الولاية يكون له عند محمد فإنه ذكر في فتاوى قاضي خان ذكر محمد في السير أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه وإذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم إلى أن قال وهذه المسألة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم إلا أن شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وإن لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والتتمة والآخر أن معنى قول محمد إن شرط الولاية لنفسه فهي له أنه إذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضاً لأن شرط الواقف نراعي فيسقط من ضرورته سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط شيخي وقد سنا فرعاً آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا تكون له ولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولقائل أن يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطاً لأنه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنبياً عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم يولي فيه من شاء ممن يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله تعالى لأن الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما إذا شرطها لنفسه وقد تمم قوله ولأنه أقرب الناس إلى الوقف فكان أولى بولايته دليلاً على ذلك فإن القاضي ليس أقرب منه إليه والفرض أن الواقف عدل مأمون فهو أحق من القاضي لأنه وإن زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه إلى الجهات التي عينها وهو أنصح لنفسه من غيره فينتصب ولياً وقوله كمن اتخذ مسجداً كان أولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه أما عمارته فلا خلاف نعلم فيه وأما نصب الإمام والمؤذن فقال أبو نصر لأهل المحلة وليس للباني أحق منهم بذلك فقال أبو بكر الإسكاف الباني أحق بنصبهما من غيره كالعمارة قال أبو الليث وبه نأخذ إلا أن يريد إماماً ومؤذناً والقوم يريدون الأصلح فلهم أن يفعلوا ذلك كذا في النوازل ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي أن يخرجه نظراً للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار وكذا لو شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجه عنه ويوليها غيره لا يلتفت إلى شرطه إذا كان غير مأمون لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضي خان لو جعل الواقف ولاية الوقف إلى رجلين بعد موته فأوصى أحدهما إلى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن أبي حنيفة لا يجوز لأنه إنما رضي برأيهما فيها ولو جعل أرضه وقفاً في مرض الموت فجعل رجلاً وصياً لنفسه ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً فإن ولاية الوقف لا تكون إلى الوصي ولو كان أنه وصي في أمر الوقف خاصة قال أبو يوسف هو كما قال فقال أبو حنيفة هو وصي في الأشياء كلها

فصل لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا

وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة رح عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى
إلا به وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد رح ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه
ثم يكتفى بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد رح أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد بني لذلك في الغالب
وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل

قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد
متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك
يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رح على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف رح أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى
ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد رح أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا **قال** وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث
عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح أنه لا يباع ولا يورث
ولا يوهب اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف رح أنه يصير مسجدا لأنه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر

ولا يجوز مشاعا عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم إلى المتولي عند أبي محمد أفرده لتفصل على حدة وأخرجه هذا ويمكن أن يحتال من ذلك أيضا بأن لو اشترى أرضا شراء
فاسدا وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة أنه لو اشترى أرضا شراء فاسدا وبناها مسجدا جاز عند
أبي حنيفة وعليه قيمتها للبائع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الأرض إلى البائع لفساد البيع قال فاشتراط البناء دليل على أن لا يكون مسجدا قبل البناء عند
الكل وذكر هلال أنه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه أبو جعفر في الوقف على الفقراء روايتان والفرق على إحداهما عند هذا القائل أن
في الوقف حق العباد كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى ما هو خبيث لا يصلح حقا لله ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع أن
يأخذها بالشفعة وكذا إذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن يبطل المسجد **قوله** وإذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه
ويأذن للناس في الصلاة فيه فإذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول إلا بالصلاة جماعة وعند أبي يوسف رح
يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا أما قولهما فلأن الملك لما لم يزل بمجرد القول فمشى محمد رح على أصله في اشتراط التسليم لكن لا بتعيين المتولي لأن تعيينه لتحقق التسليم
إلى من أخرج إليه وهو الله تعالى ولا يتحقق إلا في ضمن التسليم إلى العبد على ما مر لأن كل عبد بل الذي تعود منفعته إليه غير أن المتولي يقام مقامهم في القبض
ومقام الواقف في إقباض الغلة لهم لكل وقف في العادة متعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك وليس له غلة يستحقها الناس فأقيم حصول المقصود مقام
التسليم وهو الصلاة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لأن قبض الجنس متعذر فاكتفي بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا لو صلى الواقف بنفسه وحده والصحيح
أنه لا يكفي لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة أنها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة لأنها
تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولذا اشترط كونها بأذان وإقامة عندهما ولو جعل له واحد مؤذنا وإماما فأذن وأقام وصلى وحده
صار مسجدا بالاتفاق لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلاة المؤذن هذه أن تعاد الجماعة لمن تأتي بعده وعلى ذلك لو جعله عند البعض وقولنا
لا بتعيين المتولي يفيد أنه لو سلمه إلى متول جعله له صح وإن لم يصل فيه وهذه فيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لأن بالتسليم إلى المتولي أيضا يحصل تمام التسليم إليه
تعالى لرفع يده عنه ووجه أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج عن الملك بلا حكم ما سيأتي بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي
صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لأن لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها إلا التصدق بالغلة وهي معدومة ولا يصح إلا أن
ينبني على الإبقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج إلى حكم الحاكم لإخراجه عن ملكه إلى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فإنه
ليس مبنيا على إبقاء الملك فيحتاج إلى القضاء بزواله فإذا أذن في الصلاة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا أن لا
يحتاج في جعله مسجدا إلى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لأنه وقف على
قربة فكان كالوقف على فقراء ونحن نقول إن العرف جار بالإذن في الصلاة على وجه العموم والتخلية تفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به
فكان كمن قدم طعاما إلى ضيفه أو نثر نثارا كان إذنا في أكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والإذن بالاستغلال ولو جرت
به في عرف اكتفينا بذلك كمسألتنا والثاني أنه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد وأبو يوسف رح
مر على أصله من زوال الملك بمجرد القول أذن في الصلاة ولم يأذن ويصير مسجدا لأنه إسقاط كالإعتاق وبه قالت الأئمة الثلاثة وينبغي أن يكون
قول أبي يوسف أن كلا من مجرد القول والإذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف **قوله** ومن جعل مسجدا تحته

قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى

سرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض لغرض تبريد الماء وغيره او فوقه بيت ليس احد منهما للمسجد فليس بمسجد وله ان يبيعه ويورث عنه اذا مات ولو عزل
بابه الى الطريق لبقاء حق العبد متعلقا به والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء له تعالى كان فائدة
هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكرنا اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفل حتى يمنع
صاحبه ان ينقب فيه كوة او يتد فيه وتدا على قول ابي حنيفة وبالاتفاق لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء الا باذن صاحب العلو واما اذا كان العلو
مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب او العلو موقوفا لمصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتميم
مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروي عن ابي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو جاز لانه يتابد بخلاف العلو
وهذا التعليل لا يتم لعدم الشرط فان التابيد شرط وهو مع المقتضي وانما يثبت الحكم بهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد واما عن محمد من عكسه لان المسجد
معظم وهو تعليل لحكم الشيء وهو متوقف على وجوده وعن ابي يوسف انه جوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن وكذا عن محمد لما دخل
الري وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس فيه ان يدخلوه له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لاحد
حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه الاربع كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن كل من ابي يوسف
ومحمد انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولن يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا بلا ذكر كما يدخل في الاجارة بلا ذكر **قوله**
ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع ولا يورث عنه يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضي خان رجل له ساحة لا بناء فيها امر قوما ان يصلوا فيها
بجماعة قالوا ان امرهم بالصلوة ابدا او امرهم بالصلوة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه اراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان امرهم بالصلوة شهرا او سنة
ثم مات يورث لانه لا بد من التابيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا ان لا يصير مسجدا اذا اطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه اراد الابد فان نيته
لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بما لم يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه ارض وقف عليه او حانوت جاز ان يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل اخذ بالقيمة
كرها فلو كان طريقا للعامة ادخل بعضه بشرط ان لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه ابي جعفر عن هشام عن محمد انه يجوز
ان يجعل شيء من الطريق مسجدا او يجعل شيء من المسجد طريقا للعامة انتهى يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد ان يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على
القلب ويحولوا الباب او يحدثوا له بابا ولو اختلفوا ينظر ايهم اكثر ولاية له ذلك ولهم ان يهدموه ليجددوه وليس لمن ليس من اهل المحلة ذلك وكذا لهم ان يضعوا
الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصير كل ذلك من مال انفسهم اما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان
قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا اراد ان يبني حوانيت في المسجد او في فنائه
لا يجوز له ان يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنا تسقط حرمة المسجد واما الفناء فلانه تبع للمسجد **قوله** ولو خرب ما حول المسجد استغنى عنه واستغني عن الصلوة
فيه اهل تلك المحلة او القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ومالك والشافعي وعن احمد
يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روي ان عمر كتب الى ابي موسى
لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد وعند محمد يعود الى ملك الواقف ان كان
حيا والى ورثته ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع

يبقى مسجدا عند أبي يوسف لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثه بعد موته لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغني عنه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش إنه ينقل إلى مسجد آخر

هو أيضا وصار كحصير المسجد وحشيشه إذا استغني عنه وقنديله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك متخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن إلى ملك مالكه وهدي الإحصار إذا زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء واستدل أبو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فإن الإجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة إلا أن لقائل أن يقول القربة التي عينت له هي الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وإن كان لا يصح منهم لكفرهم على أن الإيمان لم ينقطع من الدنيا أصلا فقد كان لمثل قس بن ساعدة أمثال فالأوجه أنه لم يتحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود إذا زال إلى مالك من أهل الدنيا إلا بسبب يوجب تجدد الملك فما لم يتحقق لم يعد وأما ما قاس عليه من هدي الإحصار فليس بلازم لأنه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه إنما أباح الانتفاع به مع بقاء ملكه وقد استغنى المستعير فيعود إلى المعير وأما الحصير والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعود إلى ملك متخذه بل يحول إلى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد ولأنه لا حاجة بمسجد إلى ما يصلي فيه أهل تلك المحلة لا غير بل يصلي فيه العامة مطلقا أهل تلك المحلة وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتب عمر لا يفيده لأنه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله بالاتفاق بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس إذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه إلى صاحبه أو ورثته كما في المسجد وإن لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة إلى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا في محلة ومات أهلها كلهم لا يرد إلى الورثة بل يحمل إلى مكان آخر فإن صح هذا عن محمد فهو رواية في الحصر والبواري أنها لا تعود إلى الوارث وهكذا نقل عن الشيخ الإمام الحلواني في المسجد أو الحوض إذا خرب ولا يحتاج إليه لتفرق الناس عنه أنه يصرف أوقافه إلى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيما إذا استغني عن المسجد بخراب المحلة والقرية وتفرق أهلها ما إذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقض إلى بانيه أو ورثته عند محمد خلافا لأبي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر البتة يخرج عن الوقف وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فإن لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط إذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذا الأرض فالبناء للباني وأصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير الواقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يتفق على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله أو خرابه بل إذا صار بحيث لا يشترى بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الأول وكذا للمتولي أن يبيع من تراب مسبلة إذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضي خان وقف على سمين خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصلا يبطل الوقف ويجوز بيعه وإن كان أصله يستأجر بشيء قليل يبقى أصله وقفا انتهى ويجب حفظ هذا فإنه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من يبني أو يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها إليه إلا النقض فإن قلت على هذا تكون مسألة الرباط التي ذكرناها مقيدا بما إذا لم تكن أرضه بحيث يستأجر قلنا لا لأن الرباط موقوف للسكنى فامتنعت بانهدامها بخلاف هذه فإن المراد وقفها لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم بأمر الوقف إلى أن يحتاج الباقي إلى العمارة فيصرف فيه ذلك كذا إذا يبس بعض أشجار الأرض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الأرض كذلك ولا يعطي المستحقون شيئا من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لأنه لا حق لهم فيما سوى الغلة بل الحال إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلا اشتري أو عمارة

قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه

الارض ليبني ولو قليلا فحل حفظ العمارة ما بقي ولو خرب الكل وتعذر ان يشتري بثمنه مستغل ولو قليلا رجع الى ملك الواقف **قوله ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا** يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله ولو سلمه الى متول لانه لم ينقطع حقه عنه الا ترى انه ينتفع به في الحال فله ان يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت لتكون وصية فيلزم بعد الموت وله ان يرجع عنه قبل ذلك كما في الوقف على الفقراء بل اولى لان الثابت في كل منهما لفظ ينبئ عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت وفي هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه بخلاف المسجد لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حكم الانتفاع به فخلص لله تعالى بلا حكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو اصله وقوله قول الائمة الثلاثة كما مر وعند محمد لا يزول حتى يستقي الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لان التسليم عنده شرط وتسليم هذه بما ذكرناه من سكناهم الخان والرباط الى آخره ويكتفي بالواحد في التسليم الموجب لزوال الملك لتعذر فعل الجنس اي تسليم الكل على تقدير تسليمهم ومثله على هذا البير اذا احتفره والحوض يخرج عن الملك اذا استقى منهما واحد او شربت دابة ومن ذلك لو جعل قطعة ارض له في طريق المسلمين جعلها طريقا لا يشترط فيه مرور واحد باذنه على قول من يشترط القبض في الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين يلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ايراثا ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه اعني السقاية والخان والرباط والمقبرة والبير والحوض لانه اعني المتولي نائب عن الموقوف عليهم ففعله اي تسليمه كفعلهم اي تسليمهم واما في المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصر الصحة بانه اي المسجد يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلمه اليه صح التسليم لانه متول له عرفا واختلف في المقبرة قيل كالمسجد على القول بانه لا يكفي في ازالة الملك عنه التسليم الى متول لانه لا متولي له فلا يزول الملك الا بالدفن فيها وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولي **قوله** ولو جعل دارا له بمكة سكنى للحاج والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها اي في السقاية والمقبرة وفي الدار المسئلة عندهما للخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولي كقول ابي يوسف وعند ابي حنيفة له ان يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع في المحل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوي ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى في ذلك كله على خلاف قول ابي حنيفة لتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان في المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعا ولو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأي فيها للقاضي ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك فتكون في الحكم كانها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ليس لها مالك فاتخذها اهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو ان جلا غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد وفي ارض موقوفة على رباط مثلا فهي للوقف ان قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهي له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية فلا يكون غارسا للوقف ولو غرس في طريق العامة او على شط النهر العام او شط الحوض القديم فهي للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها فنبتت من عروقها اشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان في الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك اهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره ان يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا ان الاولى ان لا يوحشه ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد او نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي ان يوحش الاول ان كان في المكان سعة وذكر الناطفي انه يضمن

ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلمه الى المتولى صح التسليم فى هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما فى المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلمه اليه صح التسليم

قيمة الحفر ليجمع بين الحقين لا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الداثرة فلو كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب لا يرسل الدواب فيها ثم فى جميع ما ذكرنا من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البئر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف الفارق فيه العرف فان الواقفين من اهل العرف يريدون بذلك فى الغلة الفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول لان الغنى لا يقدر على استصحاب الشرب فى كل مكان ولا على ان يشترى ذلك فى كل منزل من السفر وعلى هذا فيجب فى الرباطات ان يخص سكناه بالفقراء لان العرف على ان بناء الاربطة للفقراء وهذان فصلان فى المتولى والموقوف عليه فى المتولى

الفصل الاول فى المتولى قالوا لا يولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد وللمتولى ان يشترى بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون وقفا فى الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا او باذن المتولى بلا اجرة كان عليه اجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال او غير معد له حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشترى ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشترى اجرة مثله وللمتولى ان يستاجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك باجرة مثله او زيادة يتغابن فيها فان كان اكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير ان ما اخذه من مال الوقف لا يحل له وله ان ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو ادخل جذعا من ماله فى المسجد كان له الرجوع كالوصى اذا انفق على الصغير وله ان يشترى من غلة المسجد دهنا وحصيرا او اجرا او جصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشترى ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل بما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله امر لا بد منه فيستدين بامر القاضى ويرجع فى غلة الوقف وذكر الناطفى وكذا له ان يستدين فى زراعة الوقف وبذره بامر القاضى لان القاضى يملك الاستدانة على الوقف فيصح بامره بخلاف المتولى لا يملكه والاستدانة ان لا يكون فى يده شئ فيستدين ويرجع اما اذا كان فى يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من ماله له ان يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل فسكنها المرتهن ضمن اجرة المثل ولو انفق دراهم الوقف فى حاجة نفسه ثم انفق من ماله مثلها فى الوقف جاز ويبرء عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز للحاكم ان يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله ان يبنى على باب المسجد ظلة لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته او ترميمه فلا والاصح ما قال ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لا يشترى منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وقيما هذا فى قول ابى يوسف لان التسليم ليس بشرط فيصح الوقف فى حيوته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فاوصى لا يكون هذا الوصى قيما فى الوقف قيم مسجد مات فاجتمع اهل المسجد على جعل رجل قيما بغير امر القاضى فقام وانفق من غلات وقف المسجد فى عمارته اختلف المشايخ فى هذه التولية والاصح لا تصح بل التقييم الى القاضى لكن لا يضمن ما انفق فى العمارة من غلاته اذا كان اجر الوقف واخذ الغلة فانفق لانه اذا لم تصح ولايته غاصب والغاصب اذا اجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا فى فتاوى قاضى خان ويجب ان تعلم ان المفتى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقفا على

والمقبرة فى هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولى له عرفا وقيل هى بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولى لانه لو نصب المتولى يصح وان كان بخلاف العادة

ارباب معلومين فان لهم ان ينصبوا متوليا من اهل الصلاح لكن قيل الاولى ان يرفعوا امرهم الى القاضى لينصب لهم وقيل بل الاولى فى هذا الزمان ان لا يفعلوا ويفصبوهم وليس للمشرف ان يتصرف فى مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف فى معنى المشرف وللمتولى ان يفوض الى غيره عند موته كالوصى له ان يوصى الى غيره عند موته الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولى ما لا يسمى لم يكن ذلك للموصى اليه بل يرفع الامر الى القاضى فيفرض اذا تبرع بعمله ليفرض له اجر مثله الا ان يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضى ان يجعل للذى كان ادخله ما كان الواقف جعله للذى كان ادخله لان للواقف فى هذا ما ليس للحاكم واذا اخذ المتولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا فى ثلاث مسائل هذه احديها والثانية اذا اودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من اودع والثالثة القاضى اذا اخذ مال اليتيم واودع غيره ثم مات ولم يبين عند من اودع لا ضمان عليه اما لو كان القاضى اخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن لو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندى او انفقته عليه ومات لا يكون ضامنا اما لو مات قبل ان يقول ضمن وكذا لو باع المتولى دار الوقف ومات ولم يبين اين الثمن فانه يكون دينا فى تركته وللناس ان يأخذوا المتولى بتسوية حائط الوقف اذا مال الى املاكهم فان لم يكن له غلة يرفع الى القاضى ليأمر بالاستدانة لاصلاحها وله ان يبنى قرية فى ارض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وان يبنى بيوتا يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها اصلح من الاستغلال لا يبنى وفى النوازل فى اقراض ما فضل من مال الوقف قال ان كان احرز للغلة ارجو ان يكون واسعا ولا يؤجر الوقف اجارة طويلة واكثر ما يجوز ثلاث سنين وليس له الا قالة الا ان كانت اصلح للوقف ولو زرع الواقف والمتولى ارض الوقف وقال زرعتها لنفسى قال المحققون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولى فى هذا نقصان الارض وليس عليهما اجر مثل الارض ويقول القاضى له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به يأمره بالاستدانة لذلك فان قال لا يكتفى بقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا لا يمكنهم لان الوقف فى يد الواقف فهو احق به ولا يخرجه عنه الا ان يكون غير مأمون ذكر هذه المسئلة بفروعها فى فتاوى قاضى خان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لا ان دام اقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرأ من علته عاد اليه النظر وللناظر ان يوكل من يقوم بما كان اليه من امر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله ان يعزله ويستبدل به او لا يستبدل ولو جن الناظر وكيله ويرجع الى القاضى فى النصب لو خرج حاكم فيما فمات او عزل فتقدم المخرج الى القاضى الثانى بان لو كان القاضى اخرجه بلا جنحة لا يدخله لان امر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه ان يثبت عنده انه اهل وموضع للنظر فى هذا الوقف فان فعل اعاده وكذا لو اخرجه لفسق وخيانة فبعد مدة تاب الى الله واقام بينة انه صار اهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر ان يفعل الا ما يفعله امثاله عن الامر والنهى بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للحملة بايديهم فلذا قلنا لو عمى او طرش او خرس او فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهى والاخذ والاعطاء فله الاجر الذى عينه له الواقف وللناظر فى الوقف على الفقراء ان يعطى قوما مدة وله ان يقطعهم ويعطى غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصصونهم فى وقف الخصاف ان حكم القاضى ان لا يعطى غير هذا الرجل لهم ليعطى غيره ما لم يحكم بذلك لان ان يعطى غيره ويحرمه لان فى كل منهما تنفيذ شرط الوقف

وقد استنبطت صحة هذا الكلام وكيف ساغ بلا اشتراط حتى ظفرت فى المسئلة بقوليه ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثانى فى الموقوف عليه وقف على زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين وكذا على زيد وعمرو فرد احدهما وظهر انه كان يتيما فنصيبه

يمكنني

ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى والٍ يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء

للمساكين وكذا اذا رد احدهما من قبل بعد الرد لا يعود ومن اجل سنة ليس له ان يرد بعد ذلك ما لو قال لا اقبلها سنة ثم قبل ما سوى ذلك فله يجوز وحصته من هذه السنة للباقي من اهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنتين سماها ليس له ان يرد ما بعدها وقوله على ولد فلان ابدا ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من الفقراء اليهم الا ان يردوه ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف ما لو اوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات الموصي عشرة واحد فحصته لورثة الموصي هذه مما افترق به الوصية والوقف الفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده في رد ما للولد صغارا كانوا او كبارا ولو وقف على ولده ثم للمساكين فلولد صلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا ان يخص صنفا ما او ام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه اخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو ضم اسم الولد لولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم المساكين اشترك الصلبيون واولاد بنيه واولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصحح في فتاوى قاضي خان انكر الخصاف رواية حرمان اولاد البنات وقال لم اجد من يقوم برواية ذلك عن اصحابنا وانما روي عن ابي حنيفة فيمن اوصى لثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم موت الموصي كان بينهم فان لم يكن له اولاد لصلبه بل ولد ولد من اولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكانهم قاسوا على ذلك هذه هي وزان المسألة الاولى وفرق شمس الائمة بينها وبين هذه بان ولد الولد اسم لمن ولده ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند اصحابنا لكن ذكر الصدر في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا او كذا اولاد ابنه وكلام الواقفين منصرف الى العرف فانما يخاطبهم بخلاف اذا لم تضف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال ولدت ذكرا او انثى فان هذا الاستفهام ظاهر في الذكر بخصوصه اذا عرف اختلاف دخول اولاد البنات في اولاد اولاد فيجب فيما لو قال على الذكور من اولادي واولاد اولادي لمن دخول ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي صرفت الى اولاده ابدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان في نسله واحد ويستوي الاقرب والابعد الا ان يرتب الواقف ولو قال اولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله كما لو ذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولد ولو قال ولدي واولادهم وله اولاد ماتت اباؤهم قبل الوقف لا يدخلون مع اولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد موت اولئك على اولادي فانما اراد الموجودين وضمير اولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف اولادي واولاد اولادي لا موجب لقصره على اولاد الموجودين فيدخل اولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال اولادي وسمى فلانا وفلانا ثم الفقراء فمات احد الثلاثة اعطي نصيبه للفقراء لا للباقين بخلاف ما لو قيل فلان وفلان وفلان بل اولادي ثم الفقراء يصرف الكل الى الواحد اذا مات من سواه ولو قال على بني وله ذكران صرف اليهما وان كان له واحد فله النصف والنصف الاخر للفقراء لان اقل الجمع اثنان فانما جعل مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الاخر للفقراء ثم يشكل ما لو قال اولادي فانه يصرف للواحد الكل لان كمن عرف في اولادي يخالف كل جمع لمادة غيره كبني والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ اولادي ونقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما لو اعطى القيم نصيب الفقراء الواحد اجازه ابو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنع محمد للجمعية فاوجب اعطاء اثنين ويدخل البنات في قوله بني لاختاره هلال وعن ابي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في المسألة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في اصول الفقه وغايته انه قول اهل الستاسن ولو على بني ... يدخل البنات قال في الخلاصة هذا انما يستقيم في بني اب يحصون اما فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المرأة من بني تميم فيدخل المرأة بلا تردد ولو لم يكن له الا البنات صرفت الغلة للفقراء وعلى بناتي لا يدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من ادرك خروج الغلة عاقلا في البطن حتى لو حدث ولد بعد حدوث الغلة باقل من ستة اشهر استحق ومن حدث بعد تمامها فصاعدا لا يستحق الا ان يتيقن وجوده في البطن عند خروج الغلة فاستحق ولو مات قبل القسمة

وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء

كان لورثته وهذا في ولد الزوجة اما الولد من جاريته فانه يولد لاقل من ستة اشهر فاعترف به المستحق لانه متهم في الاقرار على الغير اعني باقي المستحقين بخلاف ولد الزوجة فانه حين ثبت النسب ولو بعد الوقف
من غير تحمل وقت يمكن نسبه الى الرجوع الى الجارية بعد ستين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا الولد من الطلقة عقيب الوقف بلا تحمل كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد ما كان يمكن الرجوع لاحتمال
انه من حمل حدث وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما ذكره في فتاوى قاضي خان وهذا في الحب خاصة وفي وقف الخصاف يوم طلعت
الثمرة وينبغي ان يعتبر وقت امانة العاهة كما في الحب لانه بالانعقاد يامن العاهة وقد اعتبر انعقاده واما على طريقة هلال ونامن لو اجارة ارض الوقف لمن يزرعها لنفسه باجرة يستحق
على ثلاثة اقساط كل اربعة اشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا
وهذا كله بخلاف ما لو قال على اصاغر ولدي والعور منهم او العميان فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعميان يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على مساكين البصرة
مثلا او بغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكنى
البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج سقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على ان من تزوجت سقط سهمها فتزوجت بواحد ثم طلقت
لا تعود الا ان كان نص عليه وكذلك كل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين فقد تنتقض القسمة في كل سنة فيعطى الغني والفقير من الاولاد
الا ان يعين المحتاجين من ولده فيلزم نص او على المحاجة منهم لا يعطى ما لم يبينها عند القاضي ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقدم بينة غناه لانها اكثر اثباتا ولو كان
ولد لاقل من ستة اشهر من خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في البطن ولو لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان
مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل وفي وقف الخصاف ره لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم
وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى كل من كان فقيرا يوم القسمة ولا انظر الى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى فاعطيه بخلاف ما لم يكن موجودا الا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا الا
مما بعدها وكذا الوخش عميان لولاده ونحوه تعينوا او المحتاج الذي يصرف اليه من لا يدفع اليه الزكوة ولا يكون له ارض او دار يستغلها وان لم تف غلتها بكفايته حتى يبيعها وينفق
ثمنها او يفضل منه اقل من نصاب بخلاف الدار التي يسكنها والخدمة وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال واعلم انه اذا ذكر اولاده واقاربه الغني والفقير
منهم الا ان يخص الفقراء كما ذكرنا واما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيه تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون او لا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر
مصرفا يستوي فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس
لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فلو وقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون اغنيائهم فانبنى على هذه كما لو وقف على الرجال والنساء او المسلمين او الصبيان او على
معلم او زمنى او على تميم او بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا ميز في الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى او العميان
والعوران باطل من قبيل انه ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراء القرآن او على الفقهاء وقال على اصحاب الحديث او الشعر كل ذلك باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه
الضابط الذي ذكره شمس الائمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء واهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان العمى والاشتغال
بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر فقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسألة المذكورة في آخر فصل
المسجد من الهداية يفيد ذلك وهي ما اذا جعل غلة ارضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغني
والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوازه على الزمنى ويدفع للفقراء منهم وصرح في وقف الخصاف بالصحة في الوقف
على ارامل بني فلان وانه لكل رملة كانت يوم الوقف او حدثت سواء كن يحصين او لا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فمن اعطي شيئا

ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير فى الشرب والنزول والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم بالصواب

اجزاه والارملة المستحقة كل بالغة كان لها زوج وطلقها او مات وينبغى ان يكون مثله لفظ الايامى فاذا وقف على ايامى بنى فلان و بعدهن للمساكين والايامى قرابتى ان كن يحصين فالوقف جائز ومحابه للغنية والفقيرة لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والايم المستحقة كل انثى جومعت ولو بعجوز ولا زوج لها بالغة او لا ولو قال على كل ثيب من بنى فلان او من قرابتى وان كن يحصين جاز لهن وللكل من يحدث منهن ان كن لا يحصين فى وقت قسمة من القسم فهو باطل والغلة للمساكين والثيب كل من جومعت ولو بعجوز ولا زوج او لا وان لم تبلغ ولا بكارة قرابتى او بنى فلان فان كن يحصين فهو لهن ولمن يحدث ابدا وان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والابكار من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفى كل ما لا يحصى منهن ممن ذكرنا انه لا يصح معه الوقف لو قيده فقال للفقراء منهن جاز ومن اعطى اجزاه كالوقف على الاقارب وقف على اهل بيته ثم للمساكين دخل الغنى والفقير ممن يناسبه الى الاب الذى ادرك الاسلام اسلم ذلك الاب اولا ممن كان موجودا حالة الوقف او حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقل من ستة اشهر من مجىء الغلة ولو كانوا مرقوقين لقوم او كفارا ذميين لا يدخل فى ذلك الاب ويدخل ابو الواقف واجداده وولده لصلبه واولاد الذكور منهم وان سفلوا ولا يدخل ابناء البنات من لدن الا اذا كان اباهم ممن يناسبه الى ذلك الجد الذى ادرك الاسلام ويدخل بوقت وقوله على الى ولد بعيد الغلة اذا كان اباؤهم من قوم آخرين وقوله على ال ... كاهل بيتى ولا يخص الفقراء الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف لا لمن كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن يناسبه الى اقصى اب فى الاسلام من قبل ابيه والى اقصى اب له فى الاسلام من قبل امه لكن لا يدخل ابو الواقف ولا اولاده لصلبه وفى دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل اولاد البنات واولاد العمات والخالات والاجداد الاعلون والجدات ورحمى وارحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عيالى يدخل كل من كان فى عياله من الزوج والولد ومن كان يعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم واذا عرف هذا فلو قال على اهل بيتى فاذا انقرضوا فعلى قرابتى فهو صحيح وتصرف لبعدهم لمن يناسبه من قبل ابيه ولو عكس فقال على قرابتى واذا انقرضوا فعلى اهل بيتى لم يصح ومثله لو قال على اخوتى فاذا انقرضوا فعلى اخوتى لابى للاخوة متفرقون او بعد انقراض الكل لا يبقى لاخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثم هم عند ابى حنيفة رحمه الله الملاصقون فهو لجميع من فى كل دار ملاصقة من الاحرار ولو كانوا اهل ذمة والبعيد بالسوية قربت الابواب او بعدت وعن ابى يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة او مسجد واحد فان جمعتهم محلة واحدة وفرقوا فى مسجدين فى محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا او كان مسجد عظيم جامع فكل اهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد هم الملازقون السكان سواء كانوا مالكين للدار او لا وسياتى بقيته هذا فى الوصايا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف فى الجار بطل حقه من الوقف

للفقراء

قد تم المجلد الثانى من فتح القدير ويتلوه المجلد الثالث بعون الله العلى الكبير

